

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

A organização institucional dos serviços públicos de águas

Entre a descentralização limitada e a centralização consensualizada

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, na especialidade de Direito Administrativo, orientada pelo Sr. Prof. Doutor João Miranda.

Diogo Gaspar

2017

RESUMO

O reconhecimento do direito humano à água pelas Nações Unidas, através da Resolução n.º A/RES/64/292, comporta a vinculação do Estado a deveres no domínio da organização e da gestão dos serviços públicos de água, face ao papel fundamental que estes desempenham na garantia de acesso à água pelos cidadãos.

No caso português, apesar do reconhecido nível de qualidade da água para consumo humano, os serviços de água enfrentam um problema de organização, relacionado com a falta de adequação territorial dos serviços e o não aproveitamento de economias de escala ao longo do processo produtivo, que caracterizam este setor enquanto monopólio natural. Em face destes problemas a organização do setor não tem permitido a recuperação dos custos do serviço, causando défices tarifários e um endividamento generalizado dos serviços, o que coloca em causa a sustentabilidade do acesso à água para as gerações futuras.

Perante este diagnóstico, a lei consagra o dever dos serviços adotarem a modalidade de gestão que permita a integração total do processo produtivo (art. 5.º, n.º3, al. c), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), com o objetivo de obter ganhos de escala, e contribuir para uma maior eficiência do setor.

Sendo a provisão de água uma atribuição municipal por excelência, a integração do processo produtivo traduz-se na estadualização da organização dos serviços de água, o que tem constituído um aspeto constante da sua evolução; desde a consagração da possibilidade de intervenção direta da Administração sobre uma parte do ciclo urbano da água (captação de água, armazenagem e distribuição aos sistemas municipais), através de sistemas multimunicipais, até à consagração de um regime de delegação de competências do município a favor do Estado e uma contratualização do exercício das suas competências.

A presente dissertação procura abordar o atual problema da organização dos serviços, indagando a evolução do seu esquema organizativo face aos princípios conformadores

dos serviços de água, sobre os quais se projetam também princípios comuns à organização administrativa. A nossa investigação teve como aspetos centrais, em primeiro lugar, o papel conformador do direito fundamental à água e as suas implicações para a atividade do abastecimento de água às populações, e a sua correlação com os princípios da eficiência, da sustentabilidade e da aproximação dos serviços, que conformam igualmente a organização dos serviços. Em segundo lugar, a nossa investigação incidiu sobre a evolução dos modelos de organização dos serviços, e a análise dos diversos regimes jurídicos, tendo como fio condutor a progressiva tendência para a estadualização de competências, o que abordamos numa perspetiva de reflexão e de funcionalidade face aos princípios conformadores atrás identificados.

Palavras-Chave: abastecimento público de água; sistemas multimunicipais de abastecimento de água; sistemas municipais de abastecimento de água; organização administrativa; direito fundamental à água.

ABSTRACT

The proclamation of the human right to water, through the adoption by the United Nations Resolution no. A/RES/64/292, imposes obligations for the States in the field of the organization and management of public water services, considering the fundamental role that those services play in the access to a safe drinking water.

The Portuguese water supply industry, despite the recognized high level of water quality which has been achieved, is facing a problem of efficiency management in its organization, related with the lack of territorial adequacy of the services and the lack of territorial adequacy of services and the failure to take advantage of economies of scale, throughout the integration of the production process, which characterize the water industry as a natural monopoly. In view of these problems, the organization of the sector is not achieving the recovery of service costs, and that caused a tariff deficit and a high indebtedness of services, which may jeopardize the accessibility to water for future generations.

Considering this diagnosis, the law enshrines the duty of the services to adopt the management modality that allows the total integration of the productive process (article 5th, no. 3, c) of the Decree-Law no. 194/2009, of 20 of August), with the purpose of obtaining gains of scale.

Considering that the water supply is a municipal responsibility, the integration of the productive process means a *transference* of competences to the State, which has been a constant aspect of its evolution; starting with the consecration of the permission to the Administration has a direct intervention on a part of the urban water cycle (water abstraction, storage and distribution to municipal systems) through de creation of multi-municipal systems; finalizing with the consecration of a legal permisison to municipalities do a delegation to the State and the contractualization of the exercise of their management responsibilities about the water supply.

The present dissertation tries to address the current problem of the organization of the services, investigating the evolution of its organizational scheme in relation to the principles that form the water services, on which common principles are also projected to the administrative organization. Our central research was first and foremost the role of shaping the fundamental right to water and its implications for water supply to populations, and their correlation with the principles of efficiency, sustainability and the approximation of services to the citizens, which also influences the organization of the Portuguese public administration. Secondly, our research focused on the evolution of the service organization models, and the analysis of the various legal systems, with the guiding principle being the progressive tendency towards the permission of intervention of the State, which we approach in a perspective of reflection and functionality to the above-identified principles.

Key words: water supply; multi-municipal water services; municipal water services; administrative organization; right to water.

Aos meus Pais

ÍNDICE

Abreviaturas	12
Agradecimentos	14
Introdução	15
Apresentação e delimitação do tema	16
Sequência	19

PARTE I – PRESSUPOSTOS CONFORMADORES DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS

Capítulo I – O direito fundamental à água

1. O contributo do Direito Internacional – da proteção dos recursos hídricos ao reconhecimento do direito à água para consumo humano	22
2. A receção do direito humano à água como direito fundamental na ordem jurídica interna	28
2.1. O direito fundamental à água como direito social – aspetos estruturais	33
2.1.1. A reserva do possível e a teoria do conteúdo mínimo.....	38
2.1.2. A limitação da tutela jurisdicional face à liberdade de conformação do legislador	40

Capítulo II – O princípio do valor económico da água

1. A influência do princípio do valor económico da água e do dever de recuperação dos custos na administração dos serviços	44
1.1. A sustentabilidade como objetivo do dever de recuperação dos custos	46
1.2. O dever de adoção de uma gestão territorialmente adequada como consequência do princípio da eficiência administrativa	50
1.2. A dependência de redes como problema na adoção de uma gestão territorialmente adequada	54
2. A limitação do dever de recuperação dos custos pelo princípio da universalidade dos serviços de água	55

Capítulo III – O abastecimento de água como serviço público

1. Perspetiva subjetiva – a organização dos serviços de água	57
1.1. O papel conformador do princípio constitucional da aproximação dos serviços às populações	57
1.2. A repartição de atribuições como corolário da interconexão de interesses nacionais e locais sobre o abastecimento de água	63
 2. Perspetiva objetiva - o abastecimento de água como serviço de interesse económico geral (SIEG)	65
2.1. Enquadramento. A evolução do conceito material de serviço público	66
2.2. O setor da água face à política de liberalização sobre os SIEG.....	70
2.2. A sujeição às obrigações de serviço público e à regulação independente	73

PARTE II – MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA

Capítulo I – Modelo de não integração

1. Características e evolução

1.1. Âmbito da atribuição municipal sobre os serviços de água – da construção de redes à municipalização do abastecimento público	80
1.2. Idem; o município como entidade gestora do serviço de abastecimento público de água no Código Administrativo de 1936-1940	83
1.3. Idem; confirmação da atribuição municipal como resultado do princípio da descentralização após a Constituição de 1976	85
1.4. Âmbito estadual – papel planificador e auxiliador dos municípios na administração dos serviços de água	86

Capítulo II – Modelo de integração parcial

1. Características e evolução	
1.1. Atribuição parcial do Estado no domínio do abastecimento de água...	89
1.2. A limitação da atividade dos sistemas multimunicipais como expressão de salvaguarda da autonomia local	93
1.3. Exceções ao âmbito limitado dos sistemas multimunicipais	96
1.3.1. O regime de distribuição direta pelo sistema multimunicipal	96
1.3.2. O caso particular do sistema de água de Lisboa	97
1.4. Protagonismo da entidade reguladora do setor da água em matéria tarifária	99
1.4.1. Aspeto problemático da intervenção da entidade reguladora: os poderes de tutela substitutiva sobre as autarquias locais	100
1.4.1.1. Posição adotada: admissão dos poderes tarifários da ERSAR	104

Capítulo III - Modelo de integração total

1. Enquadramento

1.1. A integração vertical dos serviços como fundamento do regime de parcerias	108
1.2. O modelo de parcerias como fenómeno de contratualização de competências	111

2. O regime jurídico do modelo de gestão em parceria

2.1. Modalidades de parcerias e procedimento de formação	113
2.1.1. Procedimento de formação	115
2.1.1.1. Procedimento interno	115
2.1.1.2. O ato prévio de delegação de competências como delegação intersubjetiva atípica e instrumental do contrato de parceria	115
2.1.1.3. Admissibilidade da delegação de competências entre município e Estado	117
2.1.1.4. Autonomia da relação de (sub)delegação de competências entre Estado e entidade gestora da parceria	123
2.1.2. Procedimento externo	124
2.1.3. Celebração e formalização do contrato	125
2.2. Conteúdo e efeitos do contrato de parceria	126
2.2.1. Conteúdo do contrato	126
2.2.2. Efeitos entre as partes	130

2.2.2.1. Efeitos de natureza obrigacional	130
2.2.2.2. Efeitos de natureza normativa	131
2.2.2.3. Efeitos de natureza procedimental	132
2.2.2.4. Efeitos de natureza organizativa.....	133
2.2.3. Efeitos perante terceiros	133
2.3. A titularidade de poderes de conformação da relação contratual	135
2.4. Natureza jurídica do contrato de parceria	138
3. Apreciação do regime legal do modelo de parceria. Aspetos críticos	
3.1. Indefinição da duração da delegação de competências	142
3.2. Omissão sobre o modo de exercício dos poderes de direção e fiscalização sobre a entidade gestora	145
3.3. Omissão sobre a partilha de riscos	146
3.4. Omissão sobre a determinação da retribuição do município pela utilização das infraestruturas	147
3.5. Papel determinante dos estudos de viabilidade económica e financeira na constituição da parceria	148
4. O modelo de integração total como novo paradigma na organização dos serviços de água?	149
Reflexões finais	155
Bibliografia	164

ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AdP – Águas de Portugal
AEDRL – Associação de Estudos de Direito Regional e Local
AIEE – Associação Interuniversitária de Estudos Europeus
ANMP – Associação Nacional de Municípios Portugueses
APDA – Associação Portuguesa de Distribuições de Água
APRH – Associação Portuguesa de Recursos Hídricos
AR – Assembleia da República
AS – Análise Social
AULP – Associação das Universidades de Língua Portuguesa
BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CA – Código Administrativo
CAL – Companhia das Águas de Lisboa
CC – Código Civil
CCP – Código dos Contratos Públicos
CEAL – Carta Europeia da Autonomia Local
CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
CEF – Centro de Estudos Fiscais
CEFA – Centro de Estudos e Formação Autárquica
CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho
CES – Conselho Económico e Social
CDESC – Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CJ – Colectânea de Jurisprudência
CJA – Cadernos de Justiça Administrativa
CPA – Código do Procedimento Administrativo
CRP – Constituição da República Portuguesa
DA – Documentación Administrativa
DJ – Direito e Justiça
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
DR – Diário da República
DRL – Direito Regional e Local
EPAL – Empresa Portuguesa de Águas Livres
ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
FCG – Fundação Calouste Gulbenkian
FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FLAD – Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento

ICJP-FDUL – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 ICS – Instituto de Ciências Sociais
 IEFDUL – Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 INCM – Imprensa Nacional - Casa da Moeda
 IRAR – Instituto Regulador de Águas e Resíduos
 JEM – Journal of Environmental Management
 JEE&P – Journal for European Environmental & Planning Law
 JOCE – Jornal Oficial da Comissão Europeia
 LBRL – Ley de Bases de Régimen Local
 LNEC – Laboratório Nacional de Engenharia Civil
 LUCILR – Loyola University College International Law Review
 OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
 OD – O Direito
 ODM – Objetivos de Desenvolvimento do Milénio
 OMS – Organização Mundial de Saúde
 ONU – Organização das Nações Unidas
 PEASAAR – Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Saneamento de Águas
 PENSAAR 2020 – Plano Estratégico Nacional para os Serviços de Abastecimento de Água e Resíduos
 PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais
 PGR – Procuradoria Geral de República
 PPP – Parceria(s) Público(s) Privada(s)
 QADL – Questões Atuais de Direito Local
 REDA – Revista Española de Derecho Administrativo
 RCP – Revista de Contratos Públicos
 REE – Revista de Estudos Europeus
 RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 RILP – Revista Internacional de Língua Portuguesa
 LRJPAC – Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
 ROA – Revista da Ordem dos Advogados
 SIEG – Serviços de Interesse Económico Geral
 SI – Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro
 TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
 TI – Temas da Integração
 TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz - Lei do Procedimento Administrativo alemã
 WHO – World Health Organization

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho deve o apoio e os conselhos úteis das pessoas que me acompanharam durante a sua elaboração.

Em primeiro lugar agradeço ao Prof. Doutor João Miranda, que aceitou ser orientador desta dissertação e acompanhou todas as fases da sua elaboração, com disponibilidade e apoio permanentes.

Agradeço à Dra. Isabel Abalada Matos e à Dra. Isabel Moraes Cardoso, em cujo escritório me encontro a realizar o estágio de advocacia, a oportunidade de conciliar o estágio com a elaboração da dissertação, bem como a bibliografia que me disponibilizaram.

Agradeço à ERSAR a pronta disponibilidade com que facultaram a consulta de documentação relacionada com a organização e a regulação dos serviços de água, bem como a cedência de algumas obras por si editadas.

Agradeço finalmente o apoio amigo da Ana Filipa, da Estela, do Francisco, do Jaime e do João.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, intitulada *A organização institucional dos serviços públicos de águas – entre a descentralização limitada e a centralização consensualizada*, é fruto do nosso interesse pela matéria do Direito da Água, com a qual tivemos o nosso primeiro contacto na disciplina de Direito Internacional e Europeu do Ambiente, lecionada no curso de mestrado científico em Direito Administrativo, regida pelo Prof. Doutor João Miranda.

Desde então, a crescente curiosidade pelo tema da governação da água, levou-nos a buscar informações e notícias sobre os problemas relacionados com o acesso a este bem e as questões da organização e funcionamento dos serviços de água, que, tendo inquestionável relevância no domínio do Direito, encontram-se ainda num nível incipiente de tratamento jurídico.

À parte de termos lidado, em situações pontuais, com questões relacionadas com o funcionamento dos serviços de água, no âmbito profissional, o nosso interesse pelo tema foi potenciado com a assistência e participação em conferências promovidos pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a saber, respetivamente, a conferência *Que futuro para as concessões e para a participação do setor privado na gestão dos serviços de águas em Portugal?*, em julho de 2014, e a *1st International Conference on Redrafting Water Governance* (em parceria com o Instituto Superior Técnico), em julho de 2015, e a assistência a aulas do curso de pós-graduação em Direito da Água, dedicadas ao tema da organização e da regulação dos serviços de águas.

O Direito da Água é enformado por institutos e figuras jurídicas naturais de diversas áreas do Direito, o que se refletirá também neste trabalho. Este suscitará, maioritariamente, matérias do Direito Administrativo (Organização, Procedimento,

Contratos Públicos), mas também do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional, nas quais tem assentado a evolução mais recente da matéria da água.

Ao optarmos por tratar nesta dissertação a problemática da organização dos serviços de água, excluímos a abordagem do tema da água à luz do Direito do Ambiente. Sem prejuízo de fazermos algumas referências indispensáveis do domínio jus-ambiental, centraremos a nossa atenção nas questões de matéria administrativa e constitucional que envolvem a organização dos serviços.

1. Apresentação e delimitação do tema

A atividade de abastecimento público de água, dependente de infraestruturas de rede, constitui um típico mercado de monopólio natural, que se caracteriza pela demonstração de economias de escala¹. Em face dessa característica, o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que aprova o regime jurídico dos sistemas municipais de água, consagra o dever dos serviços adotarem uma «(...) *gestão integrada de todo o processo produtivo (...), de forma a maximizar economias de processo através de um maior grau de integração vertical.*» (art. 5.º, n.º3, al. c)).

A *gestão integrada do processo produtivo* consubstancia um modelo paradigmático de organização sob o qual devem funcionar os serviços públicos de águas, com o objetivo de aproveitar *ganhos de escala* e, assim, alcançar uma gestão eficiente dos serviços. Esta gestão eficiente tem como finalidade primordial a recuperação dos custos incorridos pelos serviços no desempenho da sua atividade, que constitui um dever consagrado na Diretiva-Quadro da Água (art. 9.º, n.º1) e na Lei da Água (art. 3.º, n.º1, al. d)), que a transpõe para a ordem jurídica portuguesa.

¹ Cfr., *inter alia*, DAVID H. GETCHES/ SANDRA B. ZELLMER/ ADELL L. AMOS, *Water Law in a nutshell*, 5.ª ed., West Academic Publishing, St. Paul, MN, 2015, pp. 44-45; RUI CUNHA MARQUES, *A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. Uma perspectiva internacional*, ERSAR, Lisboa, 2011, p. 29.

O atual panorama de organização de serviços em Portugal contempla a existência de **i)** serviços cuja gestão é exercida exclusivamente por municípios (modelo de não integração); **ii)** serviços geridos em regime de partilha entre o Estado e as autarquias locais, que exercem, respetivamente, a atividade de captação, tratamento e armazenagem de água, através de *sistemas multimunicipais* (também designado serviço em *alta*), e a atividade de abastecimento direto às populações, através de *sistemas municipais* (serviço em *baixa*) (modelo de integração parcial); **iii)** serviços geridos por uma entidade do setor empresarial do Estado, através de delegação de competências e contrato entre município e Estado (modelo de integração total).

Os sistemas municipais de águas são associados a um núcleo intangível de atribuições dos municípios, tal como defendem VITAL MOREIRA e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, no seu parecer *Concessão de Sistemas Multimunicipais e Municipais de Abastecimento de Água, de Recolha de Efluentes e de Resíduos Sólidos* (2004)², o que explica que a conceção de repartição vertical de atribuições em vigor limite a ação do Estado aos sistemas multimunicipais. Esta visão é criticada por RUI MEDEIROS, no seu estudo *Raízes e contexto do sistema binário entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspectivas de futuro* (2013)³, que defende a legitimidade do Estado para intervir em toda a fileira do setor do abastecimento público de água.

Com efeito, a divisão atualmente existente gera dois níveis de administração muito distintos, caracterizando-se o primeiro – nível multimunicipal – pela existência de sistemas de dimensão adequada e pelo aproveitamento de economias de escala; o segundo – nível municipal – por uma elevada fragmentação e atonicidade, existindo um

² In VITAL MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 9-95.

³ In JOÃO MIRANDA/ ANA LUÍSA GUIMARÃES/ ANTÓNIO LEITÃO AMARO/ MARK KIRKBY (coord.), *Direito da Água*, Lisboa, ICJP-FDUL/ ERSAR, 2013, pp. 67-87.

elevado número de serviços municipais sem uma suficiente escala para corresponder às exigências da prestação do serviço em termos de recuperação de custos⁴.

Com efeito, a principal consequência da falta de dimensão de alguns dos sistemas municipais é a sua incapacidade para obter uma recuperação dos custos do serviço prestado, o que, por sua vez, gera o incumprimento das tarifas para com os sistemas multimunicipais, causando um défice tarifário no setor. Este é o problema atual da organização dos serviços de água.

É no contexto deste problema de *falta de adequação territorial e de fraca integração do processo produtivo* dos serviços de água que os planos estratégicos para setor⁵, bem como o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, defendem que os serviços municipais devem adotar *a gestão integrada de todo o processo produtivo*⁶.

O modelo de integração vertical total tem correspondência na modalidade de gestão de parcerias contratuais entre Estado e municípios para a gestão de serviços públicos de água, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e que define o modelo de parcerias como uma *integração das baixas nas altas existentes*⁷.

O processo de integração vertical dos serviços traduz-se no alargamento da esfera de intervenção do Estado no serviço de abastecimento público de água, o que nos permite constatar a existência de uma marca de continuidade na organização dos serviços de água, que tem como ponto de partida a criação da figura dos sistemas multimunicipais, como modelo de integração vertical *parcial*, e a criação das parcerias entre Estado e municípios, como modelo de integração vertical *integral*.

⁴ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas de reorganização institucional dos serviços de água*, in JOÃO MIRANDA/ ANA LUÍSA GUIMARÃES/ ANTÓNIO LEITÃO AMARO/ MARK KIRKBY (coord.), *Direito...*cit., p. 85.

⁵ Cfr., neste sentido, RUI MEDEIROS, *Raízes...*cit., pp. 74-75.

⁶ A proposta encontrava-se na Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2004, e, posteriormente, no PEAASAR II (2007-2013) e no PENSAAR 2020, atualmente em vigor.

⁷ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.

De acordo com esta linha evolutiva, a modalidade de gestão de parceria entre Estado e municípios pode ser considerado como a *meta* do processo de integração vertical dos serviços, correspondendo a um novo *modelo organizatório*, baseado na consensualização.

Esta linha evolutiva em que assenta a evolução da organização institucional dos serviços, constituirá também a linha *orientadora* do nosso trabalho, propondo-nos os seguintes objetivos:

- i) Identificar e analisar os princípios conformadores do funcionamento dos serviços de água.
- ii) Investigar o esquema de organização que combina entidades diversas na organização dos serviços de água (Estado, autarquias locais, entidade reguladora) e a sua evolução no sentido da centralização de atribuições e/ou competências.
- iii) Identificar e confrontar a funcionalidade do esquema da organização com os princípios conformadores dos serviços de água e da Organização Administrativa.

2. Sequência

A organização institucional dos serviços de água é informada por um conjunto de pressupostos valorativos, o que justifica que esta dissertação se inicie, na **Parte I**, pela abordagem dos *pressupostos conformadores* dos serviços de água, passando em seguida, na **Parte II**, à abordagem dos modelos de organização dos serviços de água.

No âmbito dos pressupostos conformadores dos serviços de água, encontramos, em primeiro lugar, o direito fundamental à água (**capítulo I**), reconhecido na ordem jurídica

portuguesa em virtude do seu *reconhecimento* no Direito Internacional, pela aprovação da Resolução n.º A/RES/64/292 da ONU.

Subsequentemente, justifica-se que analisemos o papel do princípio do valor económico da água e o dever de recuperação dos custos, igualmente de acordo com a sua projeção sobre a organização e gestão dos serviços de água (**capítulo II**).

Finalmente, abordamos os princípios compreendidos no carácter de serviço público da atividade de abastecimento de água (**capítulo III**), quer na perspetiva subjetiva, em que importa desenvolver o papel conformador dos princípios da *aproximação dos serviços às populações* e da *descentralização administrativa*; quer na perspetiva objetiva, do conceito material de serviço público e da influência do Direito da União Europeia neste âmbito.

Na **Parte II** da nossa dissertação trataremos dos modelos institucionais de organização dos serviços de água e da sua evolução. Traçar uma evolução do modelo institucional da organização dos serviços de água levar-nos-á a uma análise da evolução da distribuição vertical de atribuições e competências das entidades envolvidas na prestação dos serviços de abastecimento público de água (o município, o Estado e a entidade reguladora do setor).

Estruturaremos a nossa abordagem sobre a evolução da organização dos serviços através da identificação de três modelos distintos – no **capítulo I** o modelo de não integração, em que o município exerce em exclusividade a administração dos serviços de água; no **capítulo II** o modelo de integração parcial, que se caracteriza por uma intervenção direta do Estado sobre os serviços, em função de razões de interesse nacional; no **capítulo III** o modelo de integração total, centrando a nossa análise no objeto do contrato de parceria, enquanto instrumento de integração vertical dos serviços de água, o que justificará uma análise do procedimento de formação do contrato de parceria, dos efeitos e da sua natureza, com o objetivo de tirar conclusões sobre a o

modelo de integração vertical como novo paradigma do esquema de organização dos serviços.

Encerraremos a **Parte II** com uma abordagem sobre o modelo de integração vertical, face aos princípios conformadores dos serviços enunciados na **Parte I**, relativamente aos deveres que decorrem do direito fundamental à água, do princípio do valor económico da água e da descentralização administrativa.

PARTE I – PRESSUPOSTOS CONFORMADORES DOS SERVIÇOS DE ÁGUA

Capítulo I – O direito fundamental à água

1. O contributo do Direito Internacional – da proteção dos recursos hídricos ao reconhecimento do direito à água para consumo humano

A imprescindibilidade da água para a vida humana, aliado à diminuição de recursos hídricos disponíveis na Terra, levou a comunidade internacional a tomar consciência da necessidade de planear e gerir o uso deste recurso. A partir de meados do século XX várias organizações internacionais adotaram instrumentos jurídicos dedicados ao tema da água, centrados fundamentalmente na sua proteção enquanto bem ambiental. Nesta fase, o tratamento da água para consumo humano foi enunciado a respeito da proteção de grupos determinados de cidadãos em risco, vindo a obter, de forma progressiva, uma autonomia que levaria ao reconhecimento do direito humano à água.

Refletindo a tendência do Direito Internacional do Ambiente para a proteção dos recursos naturais⁸, a regulação da água a nível internacional trazia a montante a necessidade de evitar os riscos transfronteiriços da degradação de recursos hídricos⁹, sendo, nesse sentido, considerada como um aspeto setorial dentro do problema mais vasto da proteção do ambiente¹⁰.

A primeira referência a um direito de acesso a água potável, para consumo humano, surgiu como direito de grupos particulares de cidadãos em situação de vulnerabilidade.

⁸ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2012, p. 16.

⁹ Cfr. RAMON MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 205-206.

¹⁰ Esta visão influenciou a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, em 1972, em que se estabeleceu a necessidade de adotar «uma gestão e planeamento apropriados» dos recursos naturais, incluindo a água, com vista à sua salvaguarda «para o benefício das gerações presentes e futuras» (princípio 2), ao mesmo tempo que se cometia aos Estados a obrigação de assegurar que o exercício do direito de exploração de recursos no seu território, não prejudicava o ambiente de outros Estados (princípio 21) (cfr. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, disponível em <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>, consultada em 20-12-2016).

Primeiro, na III Convenção de Genebra para a proteção das vítimas da guerra (1949)¹¹⁻¹², em que se estabelece o direito dos prisioneiros de guerra a uma quantidade razoável de água potável, adequada para consumo humano (art. 26.º, par. 3.º) e para usos domésticos (art. 29.º, par. 3.º). Posteriormente, o acesso à água foi referido expressamente como um direito humano na Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres¹³ (1980), na Convenção dos Direitos da Criança¹⁴ (1989) e na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁵ (2007).

Mas seria na Conferência Mundial sobre a Água, realizada em Mar del Plata, em 1977, que se começou a esboçar a construção de um direito de acesso ao *abastecimento público de água*, com caráter universal. Nesta Conferência foi aprovada uma Resolução¹⁶ em que se reconhece o direito universal dos indivíduos à água potável em quantidade e qualidade equivalente às suas necessidades básicas, e um Plano de Ação que defende a alocação de recursos hídricos direcionada ao objetivo de aumentar a população com acesso à água. Noutra Resolução da Conferência de Mar del Plata foi aprovada a proclamação do período de 1981 a 1991 como a Década do abastecimento de água potável e do saneamento básico¹⁷, na qual os governos dos diversos Estados se comprometiam a envidar esforços ao nível humano, técnico e financeiro para alcançar os objetivos comuns às resoluções aprovadas nos diversos domínios da Conferência.

Iniciativas posteriores, como o relatório *A Água e o Desenvolvimento Sustentável* (conhecido como Declaração de Dublin¹⁸, por ter sido elaborado no seio da Conferência

¹¹ Disponível em http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.32_GC-III-EN.pdf, consultada em 20-12-2016.

¹² A proteção do acesso às reservas de água seria reafirmada nos respetivos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra (1977), adotados pela Conferência Diplomática sobre a reafirmação e desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável a conflitos armados.

¹³ Art. 14.º.

¹⁴ Art. 24.º.

¹⁵ Art. 28.º.

¹⁶ Disponível em <http://www.ielrc.org/content/e7701.pdf>, consultada em 20-12-2016.

¹⁷ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/35/a35r18e.pdf>, consultada em 20-12-2016.

¹⁸ Disponível em <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>, consultada em 20-12-2016.

Internacional sobre Água e Meio Ambiente, em Dublin, em 1992), ou a Declaração Universal dos Direitos da Água¹⁹, aprovada em 22 de março de 1992, baseada naquela, apesar de defenderem uma abordagem holística sobre a proteção da água, integrando o desenvolvimento económico e social com a proteção dos ecossistemas naturais, permitem identificar diversos elementos de proteção da água enquanto direito humano. Além de se considerar o acesso à água como um direito essencial à vida humana (art. 1.º, da Declaração de Dublin, e art. 2.º, da Declaração Universal), refere-se que a sua gestão impõe um equilíbrio entre os imperativos da sua proteção e as necessidades de ordem económica e social (art. 9.º da Declaração Universal) e que o seu planeamento deve levar em linha de conta a solidariedade em virtude da sua distribuição desigual no planeta (art. 10.º da Declaração Universal); que a água tem um valor económico para todos os seus usos e que deve ser reconhecida como tal, o que deve suportar o reconhecimento do direito de todos à água potável e ao saneamento, a preços compatíveis com tal direito (art. 4.º da Declaração de Dublin).

O acesso à água potável voltou a ser referido como um direito universal na Resolução das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento (1999)²⁰, que reitera o direito de acesso à água potável como um direito universal e inalienável, declarando-se que, tal como o direito à alimentação, a água constitui um *direito fundamental*, cuja promoção «*constitui um imperativo moral*» (par. 12.º, al. a)).

Nos anos 2000 a adoção da Declaração do Milénio das Nações Unidas, que consagrou oito Objetivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM), dedicou o Objetivo n.º7, à garantia da *sustentabilidade ambiental*, proposto a redução para metade, até 2015, da percentagem da população sem acesso permanente a água potável e a saneamento básico.

¹⁹ Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>, consultada em 20-12-2016.

²⁰ Resolução n.º A/RES/54/175, de 17 de dezembro de 1999, adotada pela Assembleia-Geral da ONU, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175, consultada em 20-12-2016.

Enquanto atos de Direito Internacional as resoluções e declarações que versaram o direito universal à água potável – designadamente a Declaração de Mar del Plata (1977), a Declaração de Dublin e a Declaração Universal dos Direitos da Água (1992) e a Resolução sobre o Direito ao Desenvolvimento (1999) – não revestem um carácter juridicamente vinculativo²¹. Como instrumentos de *soft-law*, exercem um papel de influência política sobre os Estados, pretendendo contribuir para uma discussão dos problemas existentes na impossibilidade de adotar regras impositivas²².

O desenvolvimento subsequente do direito internacional, centrado na proteção dos sistemas hídricos, levou à adoção de instrumentos convencionais de regulação dos usos da água, que só indiretamente pressupõem um direito de acesso à água para consumo humano²³. O principal instrumento de regulação dos usos da água foi a Convenção das Nações Unidas sobre o uso dos cursos de água para fins diversos da navegação, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 1997. Esta Convenção, apesar de incidir sobre os cursos de água, alude indiretamente a um direito à água para consumo humano, ao afirmar a primazia da satisfação das «*necessidades vitais humanas*», em situação conflito «*sobre os usos de um curso de água internacional*» (art. 10.º, par. 2.º). Desta forma, a Convenção reflete a necessidade de assegurar a disponibilização de água

²¹ Excetua-se a Declaração do Milénio das Nações Unidas, que foi adotada por unanimidade na Assembleia-Geral das Nações Unidas e foi assinada pelos 147 chefes de Estado ou de Governo presentes na sessão que a aprovou.

²² Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª ed., Principia, Cascais, 2016, pp. 47-48.

²³ Refira-se a consagração do princípio da gestão integrada de bacias hidrográficas, que postula a conciliação do *desenvolvimento económico e social* com a proteção dos recursos hídricos (v., para maior desenvolvimento, *inter alia*, PAULO CANELAS DE CASTRO, *The future of international water law, in Shared Water Systems ad Transboundary Issues with special emphasis on the Iberian Peninsula*, in EVAN VLACHOS/ FRANCISCO NUNES CORREIA (coord.), FLAD, Lisboa, 1999, p. 160; CARLOS GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, *Los retos del Derecho del Agua*, in FRANCISCO SOSA WAGNER (coord), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenage al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. III, Tirant to Blanch, Valencia, 2000, p. 3813.

suficiente para a subsistência humana, incluindo água potável e para produção de alimentos²⁴.

Na mesma linha de regulação centrada na gestão dos sistemas hídricos, a Diretiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000 (Diretiva-Quadro da Água), que constitui o principal instrumento da política hídrica no seio da União Europeia, estabelece a correlação entre a boa qualidade das águas e o abastecimento das populações (cons. 24), exprimindo o princípio do *valor social da água*, que reconhece o direito de acesso universal à água para as necessidades humanas básicas²⁵.

Um contributo importante para a autonomização do direito humano à água veio do seu reconhecimento por algumas Constituições, de diversos Estados. O primeiro texto constitucional onde tal direito foi incluído foi a Constituição sul-africana (1996)²⁶, seguido pelas constituições de diversos Estados sul-americanos. Depois da Constituição do Uruguay, em 2004, o Equador e a Bolívia, inscreveram nas respetivas constituições, em 2008, vários preceitos dedicados à água enquanto direito humano, associado a uma cosmovisão própria do *Estado de bem viver*²⁷⁻²⁸.

²⁴ Cfr. GILDO ESPADA, *O Direito Humano à Água*, in *III Congresso do Direito de Língua Portuguesa. Justiça, desenvolvimento e cidadania*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 243.

²⁵ Cfr. JOANA PEREIRA MENDES, *Direito Administrativo da Água*, in PAULO OTERO/ PEDRO COSTA GONÇALVES (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 26-27.

²⁶ No art. 27.º, n.º1, al. b), que dispõe «Everyone has the right to have access to sufficient (...) water».

²⁷ Cfr. JOÃO MIRANDA, *Para onde vai o Direito da Água*, in PEDRO CUNHA SERRA (coord.), *Políticas Públicas da Água*, APRH, Lisboa, 2016, p. 102.

²⁸ Na Constituição do Equador lê-se que «El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida» (art. 12.º) e na Constituição da Bolívia da Bolívia «El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del Pueblo (...)» (art. 373.º, n.º1). Para maior desenvolvimento sobre a proteção da água nestas Constituições, v. MARCOS LEITE GARCIA, *Sustentabilidade e Direitos Fundamentais à Saúde: a questão da qualidade da água para consumo humano*, in GERMANA DE OLIVEIRA MORAES/ WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR/ ÁLISON JOSÉ MAIA MELO (org.), *As Águas da Unasul na Rio+20. Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro*, Editora CRV, Curitiba, 2013, p. 58.

Em 2002 o Comité das Nações Unidas para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovou o comentário geral n.º15 sobre o direito à água, que afirma que a existência de um direito humano à água, decorre do PIDESC, mais precisamente dos arts. 11.º (direito a um adequado nível de vida) e 12.º (direito à saúde)²⁹⁻³⁰, do qual derivam um conjunto de deveres de *respeito, proteção e promoção*. Sobre este Comentário-Geral, a Resolução n.º A/RES/64/292, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU, em 2010, veio reconhecer o direito humano à água.

O caminho trilhado no Direito Internacional do Ambiente, centrado na proteção dos recursos hídricos, logrou uma proteção indireta da água para consumo humano, já que sem prover a existência de água nos ecossistemas e sem evitar a sua contaminação, ela não existirá ou existirá em condições que não serão adequadas para o consumo humano. Porém, o reconhecimento do direito humano à água, trata este como um direito autónomo, desligando-o da vertente *ambiental* do *direito à proteção dos recursos hídricos*³¹. Traduz a ideia de que o acesso à água é um bem essencial à dignidade humana e uma condição fundamental para assegurar a sustentabilidade do desenvolvimento económico e social, porque a realização de outros direitos conexos com a dignidade humana – *maxime* o direito à *alimentação* e à *saúde* – dependem do acesso à água³². Por esta razão, a água não pode ser tratada como qualquer outro bem

²⁹ Aprovado na 29.ª Sessão do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, realizada em Genebra, de 11 a 29 de novembro de 2002, ao abrigo do disposto no art. n.º 65 do Regulamento de Procedimento do Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que atribui ao Comité a competência para a emanação de comentários gerais sobre as disposições do PIDESC.

³⁰ Disponível em http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf, consultado em 02-01-2017.

³¹ Em sentido próximo, Carla Amado Gomes, afirma que o *direito à água* tem uma maior conexão com o *direito à vida* do que com o *direito ao ambiente*, não obstante o facto da água constituir um *bem ambiental* (cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 44).

³² O que parece ter sido obliterado aquando da aprovação da Declaração Universal e dos Pactos de Direitos Humanos, ao contrário do que sucedeu com o *direito à alimentação* e à *saúde*, também conexos com o princípio da proteção da dignidade humana (cfr. PAULO CANELAS DE CASTRO, *O Direito Humano à Água à luz do Comentário-Geral n.º15 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas*, in RILP, III Série, n.º22 – *A Gestão da Água e dos Recursos Hídricos para o Desenvolvimento*, AULP, Lisboa, 2009, p. 28).

comercializável, devendo os Estados providenciar o acesso à água em quantidade suficiente e de modo seguro, fisicamente acessível e a preços razoáveis para os usos pessoais e domésticos³³.

1. A receção do direito humano à água como direito fundamental na ordem jurídica interna

A análise das relações entre o Direito Internacional e a ordem jurídico-constitucional estadual permitem verificar que o direito humano à água vigora na ordem interna por força da receção material das normas de fonte geral (art. 8.º, n.º1) e convencional (art. 8.º, n.º2).

O reconhecimento do direito humano à água consta da Resolução n.º A/RES/64/292, que considera este direito como essencial para o exercício pleno do direito à vida e dos demais direitos humanos³⁴. O direito à água e ao saneamento derivam do disposto no art. 11.º do PIDESC, que consagra o «*direito a um nível de vida suficiente para (...) [o indivíduo] e para a sua família, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a melhoria contínua das suas condições de existência*»; bem como do art. 12.º, em que se estabelece «*o direito de todas as pessoas a gozarem do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir*» (art. 12.º). No entendimento

³³ Neste sentido, v., *inter alia*, JOÃO MIRANDA, *Para onde vai...cit.*, p. 104; MARIA DE FÁTIMA SCHUMACHER WOLKMER/ MILENA PETTERS MELO, *O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional*, in GERMANA DE OLIVEIRA MORAES/ WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR/ ÁLISON JOSÉ MAIA MELO (org.), *As Águas...* cit., p. 21; INGA T. WINKLER, *The Human Right to Water. Significance, legal status and implications for water allocation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 9.

³⁴ Aprovada na 108.ª sessão plenária da Assembleia-Geral da ONU, em 28 de julho de 2010, sob proposta da Bolívia. A Resolução n.º A/RES/64/292, da ONU, que aprova o reconhecimento do *direito humano à água*, está disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292, consultada em 02-01-2017.

Posteriormente, também o Conselho dos Direitos Humanos, sob proposta da Alemanha e de Espanha, reconheceu o acesso a água potável segura e ao saneamento como um direito humano, através da adoção da (cfr. Resolução A/HRC/RES/15/9, disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement>, consultada em 02-01-2017).

do CDESC o direito a um nível de vida suficiente e no melhor estado saúde possível, pressupõem necessariamente o acesso a água potável³⁵.

Na CRP, por força de uma conceção monista das relações entre o direito interno e Direito Internacional, consagra-se uma cláusula geral de receção automática plena das normas e princípios de Direito Internacional geral ou comum na ordem jurídica interna (art. 8.º, n.º1) e das normas de Direito Internacional convencional, enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português e após a sua publicação oficial (art. 8.º, n.º2)³⁶.

Dada a vigência do direito de fonte convencional na ordem jurídica interna, de acordo com o art. 8.º, n.º2, da CRP, o Estado Português, na qualidade de parte do PIDESC³⁷, encontra-se vinculado às normas deste Pacto e, conseqüentemente, à competência do CDESC para a fiscalização da implementação dos respetivos direitos³⁸. Considerando o teor da Resolução n.º A/RES/64/292, que reconhece o direito à água no art. 11.º do PIDESC, a receção do direito de fonte convencional seria o bastante para defender a sua vigência na ordem interna.

Não obstante, a vinculação do direito interno ao direito humano à água, depreende-se também da sua conexão com o direito à vida e a proteção da dignidade humana, de que

³⁵ Cfr. CATARINA DE ALBUQUERQUE, *On the right track. Good practices in realising the rights to water and sanitation*, Lisboa, ERSAR, 2012, p. 25.

³⁶ Sobre os sistemas de vigência do Direito Internacional na ordem jurídica portuguesa, v. JORGE MIRANDA, *Curso...cit.*, pp. 147 e ss.; EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, vol. I – *Conceito e fontes*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 566 e ss.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 94 e ss.

³⁷ Foi assinado em 7 de outubro de 1976 e, posteriormente, depositado o instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral da ONU em 31 de julho de 1978 (cfr. Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, publicado no DR, 1.ª Série, n.º 244/78, de 23 de outubro de 1978).

³⁸ O CDESC exerce o seu poder de fiscalização através do sistema de *relatórios*, que prevê que os Estados descrevam as medidas desenvolvidas para a implementação do direito, nos termos dos arts. 16.º-17.º do PIDESC, independentemente do seu nível de realização (sobre a competência do CDESC na fiscalização da implementação do Pacto, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Relatório – Programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 136-137 e 181-182).

o direito à água é um pressuposto incontornável³⁹. A proteção da vida e a dignidade humana constituem a matriz do catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição Portuguesa, como o demonstram os vários preceitos alusivos à dignidade e à qualidade de vida: logo no art. 1.º declara-se que o Estado se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, e, ao longo do texto constitucional, existem várias referências ao bem-estar à qualidade de vida dos cidadãos – cometendo ao Estado a tarefa fundamental do Estado a promoção do *bem-estar e a qualidade de vida* (art. 9.º); declarando o direito de todos os indivíduos a um ambiente de vida humano sadio (art. 66.º, n.º1); afirmando que o direito à proteção da saúde inclui a criação de condições económicas, sociais e ambientais que garantam a melhoria sistemática das condições de vida (art. 64.º, n.º2)⁴⁰.

Por sua vez, na formulação do PIDESC, o direito à vida obriga os Estados a proporcionar aos seus cidadãos um *nível de vida suficiente*, incluindo *alimentação* (art. 11.º) e nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos um *nível de vida suficiente quanto à saúde e ao bem-estar* (art. 25.º).

Ora, considerando que os preceitos da Declaração Universal⁴¹ são considerados princípios de Direito Internacional, valendo na ordem interna por força do art. 8.º, n.º1, e do art. 16.º, n.º1, da CRP, e que os direitos consagrados no PIDESC valerão sempre enquanto instrumento de direito convencional, nos termos do art. 8.º, n.º2 – se não constituírem princípios de Direito Internacional⁴² –, o direito à água projeta-se em termos materiais no conceito de *nível de vida suficiente* que a Declaração e o PIDESC

³⁹ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito...cit.*, vol. I, p. 385.

⁴⁰ Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira o direito à vida consagrado na CRP significa «*direito a viver com dignidade e dispor de condições de subsistência*», implicando o «*dever do Estado contribuir para a realização das prestações existenciais indispensáveis a um avida minimamente digna*» (cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Anotação* ao art. 16.º, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I – *art. 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 451).

⁴¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso...cit.*, p. 303; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual...cit.* p. 109; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa* de 1976, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 38, nt. 64.

⁴² Como defendem ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual...cit.*, p. 109.

elegem como padrão da própria dignidade humana a nível universal; é por isso passível de ser reconhecido através da cláusula de receção das normas de fonte material ou comum do art. 8.º, n.º1.

Cabe notar ainda que no mesmo sentido de acolhimento desta dimensão do direito à vida no nosso ordenamento jurídico, concorre o tratamento dado pela Constituição aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O art. 16.º, n.º2, da CRP, manda *interpretar e integrar* os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal, conjugando-a com a Lei Fundamental, constituindo dessa forma uma cláusula de receção formal da Declaração⁴³.

Desta forma, o art. 16.º, n.º2, da CRP, comporta uma *função interpretativa* e uma *função integrativa* dos direitos fundamentais, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, de acordo com a *função interpretativa* prevista no art. 16.º, n.º2, além da valia que os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos têm na ordem interna enquanto princípios de Direito Internacional, estes devem servir de critério valorativo na interpretação das normas de direitos fundamentais da Constituição (quer as que consagram direitos, liberdades e garantias, quer direitos económicos, sociais e culturais), cujo sentido deve aproximar-se o mais possível do perspectivado pelas normas da Declaração. Por outro lado, a *função integrativa* determina que o conteúdo dos mesmos preceitos de direitos fundamentais se devem completar de acordo com o preceituado nos princípios da Declaração Universal, independentemente da existência de uma lacuna na Constituição em sentido formal⁴⁴.

⁴³ Cfr. JORGE MIRANDA, *O Jus-Universalismo na Constituição Portuguesa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos*, in MÁRIO RAMOS PEREIRA SILVA/ LEÃO DE PINA/ PAULO MONTEIRO JR. (coord.), *Estudos em comemoração do quinto aniversário do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais*, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, Praia, 2012, p. 240.

⁴⁴ Vieira de Andrade fala num princípio de interpretação em conformidade com a Declaração Universal, que determina o quadro de validade das soluções interpretativas e exclui as que sejam incompatíveis com os princípios constantes daquela (cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*cit., p. 25).

Por fim, o enquadramento constitucional do reconhecimento na ordem jurídica interna completa-se com a *cláusula aberta* de direitos fundamentais no art. 16.º, n.º1, da CRP, que permite o reconhecimento como direito fundamental de direitos originários do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁵, seja de fonte consuetudinária ou convencional, em virtude da sua conexão a direitos fundamentais formais, pela sua natureza análoga, ou decorrência a princípios constitucionais, quer se trate de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos, sociais e culturais⁴⁶. Da interconexão entre o direito a um *nível de vida suficiente* (art. 11.º do PIDESC e art. 25.º da DUDH), que tem o acesso água como seu pressuposto, o carácter jusfundamental deste fundar-se-á na comunhão entre a Constituição material, a Declaração Universal e os Pactos de Direitos Humanos⁴⁷.

Desta forma pode concluir-se que o direito humano à água reconhecido como um direito implícito no PIDESC, vigora na ordem interna por força do valor conferido ao Direito Internacional de fonte convencional (art. 8.º, n.º2, da CRP), bem como de fonte geral (art. 8.º, n.º1, da CRP) e em virtude da cláusula aberta aos Direitos Humanos do art. 16.º, n.º1, da CRP; através de fonte convencional dada a vinculação de Portugal ao PIDESC e de fonte geral, e em virtude do disposto no art. 16.º, n.º1, da CRP, dada a conexão existente entre o direito à vida e o acesso à água, como condição material do próprio *direito à vida*.

O direito fundamental à água vincula todas as entidades públicas (art. 18.º, n.º1, segunda parte, da CRP), seja qual for a sua natureza e forma de atuação, o que incluirá todas as modalidades de Administração, incluindo as formas privadas, e inclui-se não só a atividade de Direito Público (regulamentos, instruções, atos, contratos administrativos), mas igualmente de direito privado; bem como as entidades privadas

⁴⁵ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A protecção dos Direitos Fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia*, in PAULO DE PITTA E CUNHA (dir.), in REE, ano 1, n.º2, *A Constituição Europeia e Portugal*, AIEE/ IEFDUL, Lisboa, 2007, p. 119.

⁴⁶ Cfr. JORGE MIRANDA, *Comentário ao art. 16.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, vol. I, p. 138.

⁴⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *O Jus-Universalismo...cit.*, pp. 245-246.

que exercem funções de prestação de serviços de águas. Independentemente da forma de organização, a Administração estará vinculada a conferir a máxima efetividade àquele direito⁴⁸.

2.1. O direito fundamental à água como direito social – aspetos estruturais

Como referimos anteriormente, a inserção do direito humano à água no PIDESC insere-o no campo dos direitos sociais, o que determina a sua sujeição a uma estrutura e a um regime de efetivação próprios. A separação entre o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais releva da distinção de regime jurídico que, a nível estadual, caracteriza os dois grupos de direitos fundamentais e que influenciou também o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁹.

Com efeito, de acordo com o entendimento tradicional, os direitos sociais têm uma estrutura positiva, no sentido em que exigem do Estado uma prestação normativa ou material em benefício do particular, enquanto que os direitos de liberdade apresentam uma estrutura negativa, ou seja, constituem direitos de defesa dos indivíduos contra o Estado, reclamando deste uma posição de não interferência e de respeito⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, pp. 324-325 e p. 329; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...cit.*, p. 206. Especificamente sobre a vinculação dos serviços de água e a *filosofia de independência* da ONU relativamente à proteção do direito humano à água, cfr., *inter alia*, LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, *Fresh Water in International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2013, p. 156; PAULO CANELAS DE CASTRO, *O Direito...cit.*, p. 15.

⁴⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso...cit.*, p. 299; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...cit.*, p. 85; CRISTINA QUEIROZ, *A Proteção Internacional dos Direitos do Homem*, in RFDUP, vol. X, Coimbra, 2013, p. 87.

⁵⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, p. 102; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 408. Sob o ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, v. INGA T. WINKLER, *The human right...cit.*, pp. 110-111; EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA, *El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacionales*, 1.^a ed., Iustel, Madrid, 2012, pp. 93 e ss.

⁵¹ A diferença de regimes foi a razão de adoção dos dois pactos de Direitos Humanos; os direitos económicos, sociais e culturais dependentes do desenvolvimento económico e social dos Estados (*princípio da realização progressiva*) e os direitos civis e políticos pressupondo um dever de abstenção do Estado (cfr. JORGE MIRANDA, *Curso...cit.*, p. 299; CRISTINA QUEIROZ, *A Proteção...cit.*, pp. 87-88).

Por sua vez, as normas constitucionais que incorporam direitos sociais têm um caráter *programático*, o que significa que incumbe ao legislador a sua promoção e efetivação⁵². Esta legitimidade conferida ao legislador liga a concretização dos direitos sociais à sua *margem de conformação política*, o que constitui uma decorrência do princípio do Estado de Direito democrático. Pressupondo a efetivação dos direitos sociais a realização de prestações, onerosas para o erário público, cabe ao legislador, democraticamente legitimado, proceder à análise das possibilidades financeiras e económicas do Estado e à determinação das medidas adequadas à sua concretização, face às condições e possibilidades de execução existentes no momento⁵³, ou por outras palavras, averiguar a possibilidade de realização do direito ou da extensão de prestações compreendidas à luz da *reserva do financeiramente possível*⁵⁴.

Este regime contrapõe-se ao dos direitos de liberdade, geralmente acolhidos em normas de conteúdo determinado ou determinável e de caráter precetivo, dependendo mais das condições socioculturais e institucionais do Estado e menos da interposição do legislador⁵⁵.

A esta visão dual dos direitos fundamentais, contrapõe-se a teoria que propugna a sua unidade⁵⁶. Esta visão *unitária*, desenvolvida especialmente por ALEXY, parte do pressuposto que ambos os grupos de direitos têm a dignidade humana como pressuposto

⁵² Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, pp. 104-105 e pp. 474-475; GOMES CANOTILHO, *Direito...cit.*, pp. 473 e ss.

⁵³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, pp. 105-106; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...cit.*, pp. 307-308; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 970.

⁵⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 91.

⁵⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, pp. 104-105.

⁵⁶ V., para maior desenvolvimento sobre o tema, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II – *A Construção Dogmática*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 212 e ss.

e valor fundante, que suporta na sua dimensão de *liberdade digna e livre* do Homem, todos os direitos fundamentais como limites aos poderes⁵⁷. A exigência de um mínimo de igual liberdade, que permita o exercício da liberdade daqueles que não a têm e a defesa da dignidade humana postulam a igual dignidade dos direitos sociais⁵⁸.

De acordo com a mesma perspetiva unitária de direitos fundamentais, é defendido que aqueles direitos sociais que pressupõem uma abstenção por parte dos Estados, poderão gozar da garantia da aplicabilidade direta, tal como sucede quanto aos direitos civis e políticos, sendo dessa forma suscetíveis de invocação direta perante os tribunais⁵⁹.

Nesta linha, atendendo aos Pactos de Direitos Humanos, podemos verificar que há direitos civis e políticos estruturalmente positivos, cuja efetivação exige uma prestação do Estado, e há direitos económicos, sociais e culturais que apresentam uma estrutura negativa⁶⁰. Consequentemente, nas situações em que os direitos civis e políticos dependam de uma ação positiva por parte do Estado, estes também estarão limitados pela capacidade do Estado em adotar as medidas para os tornar efetivos, ou por outras palavras, limitados a uma *reserva do financeiramente possível*⁶¹.

⁵⁷ Cfr. RUI MEDEIROS, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 659-660.

⁵⁸ Cfr. RUI MEDEIROS, *Direitos...cit.*, p. 661.

⁵⁹ Cfr., neste sentido, o Comentário-Geral n.º3 sobre a natureza das obrigações dos Estados (art. 2.º, par. 1), de 14 de dezembro de 1990, disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>, consultado em 04-01-2017, relativamente às disposições que consagram a proibição da discriminação sexual (arts. 3.º e 7.º, al. a) e i)), direitos sindicais (art. 8.º), proibição do trabalho infantil e proteção da criança (art. 10.º, n.º3), ensino básico obrigatório e gratuito, liberdade educativa dos pais e liberdade de criação de escolas particulares (art. 13.º, n.º2, al. a), n.º3 e 4), liberdade de investigação científica e criativa (art. 15.º, n.º3).

⁶⁰ São exemplos da primeira situação o direito à segurança (art. 9.º do PIDCP) ou o direito de acesso à justiça (art. 10.º do PIDCP), porque a realização de ambos pressupõe a implantação de estruturas policiais e judiciais para os realizar, não sendo possível com um mero respeito ou abstenção por parte do Estado. Como exemplo da segunda situação, temos o direito de associação sindical (art. 8.º do PIDESC), cuja realização exige um dever de respeito e proteção (cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito...cit.*, vol. I, p. 376).

⁶¹ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito...cit.*, vol. I, p. 377.

Ou seja, nos direitos cujo conteúdo é marcadamente programático e, relativamente a estes, na medida em que estes possam obrigar a realização de prestações por parte do Estado, caberá ao legislador – que goza de legitimidade democrática para tal – ponderar a hierarquia de prioridades na afetação de recursos à realização destes direitos⁶², o que se traduzirá sempre numa apreciação do legislador e na consideração da possibilidade de realizar o direito em face das condições que o Estado não domina, ou por outras palavras, que estão *sob a reserva do possível*⁶³.

O direito humano à água constitui um exemplo da estrutura complexa cuja realização comporta dimensões positivas e abstencionistas, como sucede com os demais direitos sociais. Tal pode extrair-se do Comentário-Geral n.º15, sobre o qual a Assembleia da ONU aprovou a Resolução n.º A/RES/64/292 da ONU.

Com efeito, e como já referiu em momento anterior⁶⁴, o Comentário-Geral n.º15 refere que o direito humano à água, coloca para os Estados um conjunto de deveres de *respeito, proteção e promoção*, o que significa que este direito comportará diferentes posições ou dimensões de atuação por parte da Administração.

O dever de *respeito* requer do Estado uma posição de *abstenção* de interferência com o aproveitamento do direito à água, ou seja, o Estado tem o dever de não afetar direitos já realizados e abster-se de qualquer conduta que leve à privação dos cidadãos ao acesso à água. Desse modo, o Estado deve abster-se de interferir com sistemas de produção e fornecimento de água que funcionem de acordo com os padrões exigidos de

⁶² Neste sentido, no PIDESC, o art. 2.º, n.º1, dispõe que cada um dos Estados Partes do Pacto «compromete-se a agir (...) no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas»; o art. 2.º, n.º2, que «Cada Estado Parte (...) compromete-se a adoptar (...) as medidas que permitam a adoção de decisões de ordem legislativa ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estiverem em vigor.

⁶³ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 294.

⁶⁴ V. *supra*, I.1.

universalidade e qualidade da água para consumo humano (p. ex., não afetando a água usada pelo serviço a usos industriais, se tal prejudicar o uso doméstico).

Inclui-se ainda no dever de respeito, a abstenção sobre o direito ao uso de água de fonte comum⁶⁵; a abstenção de interferência sobre tarifas especiais para grupos de cidadãos carenciados⁶⁶, por exemplo em virtude de processos de extinção de défices tarifários ou de equilíbrio económico-financeiro de concessões; a proibição de os serviços cortarem de forma *arbitrária* o fornecimento de água aos utilizadores que tenham entrado em incumprimento, face à proibição de *corte* ou *interrupção arbitrária* constante do Comentário-Geral n.º 15⁶⁷⁻⁶⁸.

O dever de *proteção* requer da Administração uma atitude preventiva face à interferência prejudicial eventual de terceiros na fruição dos direitos humanos. No que toca ao abastecimento público de água, requer do Estado que tome as medidas necessárias para assegurar um acesso equitativo à fruição do direito, incluindo grupos vulneráveis da sociedade, o que pode requer condições de acesso especial, *máxime* em termos de tarifas⁶⁹.

O dever de *promoção* exige uma atuação positiva da Administração, impondo que esta adote as medidas necessárias para garantir que cada pessoa tem a oportunidade de realizar o seu direito individualmente. Nesse sentido, aquela deve tomar as medidas para que os serviços de água assegurem a provisão de água e o seu acesso individual, o que compreende o direito de acesso a uma quantidade de água suficiente e adequada aos

⁶⁵ Par. 24.

⁶⁶ Par. 27.

⁶⁷ Cfr. par. 44 (a).

⁶⁸ Cfr. INGA T. WINKLER, *The Human...cit.*, p. 109.

⁶⁹ Cfr. Art. 45, Par. 37 (b), do Comentário-Geral n.º 15.

usos pessoais e domésticos⁷⁰ e o direito a uma boa organização física e espacial dos serviços de água⁷¹.

Em suma, verifica-se o direito humano à água comporta dimensões positivas e negativas ou abstencionistas, tendo como fim último o de proporcionar aos cidadãos uma quantidade suficiente de água, de acordo com um determinado padrão de qualidade e a um custo acessível.

2.1.1. A reserva do possível e a teoria do conteúdo mínimo

Apesar da liberdade do legislador e da sujeição à *reserva do financeiramente possível*, quer no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quer dos Direitos Fundamentais, diversos autores pronunciam-se a favor do reconhecimento de um *conteúdo mínimo* (*minimum core*) que informa, do ponto de vista subjetivo, a efetivação dos direitos sociais. De acordo com esta teoria, o legislador encontra-se vinculado à concretização de um *conteúdo mínimo*, que se pode retirar das normas que consagram direitos sociais, apesar do seu carácter programático⁷².

Nesse sentido, poder-se-á considerar que o direito à água tem como *conteúdo mínimo* o direito a não morrer de sede ou de não sucumbir em virtude de doenças provocadas pela escassez de água ou da sua falta de qualidade para consumo humano⁷³. A OMS defende,

⁷⁰ Cfr. Par. 37 (a) do Comentário-Geral n.º 15.

⁷¹ Cfr. Par. 37 (c) do Comentário-Geral n.º 15.

⁷² Entre nós, defendem a vinculação a um conteúdo mínimo dos direitos humanos EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito...cit.*, vol. I, p. 381; e relativamente aos direitos fundamentais, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...cit.*, p. 366.

⁷³ Cfr. GEORGE S. MCGRAW, *Defining and Defending the Right to Water and Its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence*, in LUCILR, vol. 8, Issue 2, Primavera/Verão, 2011, Chicago, disponível em <http://lawcommons.luc.edu/lucilr/vol8/iss2/3>, consultado em 28-04-2017, p. 150. Em termos próximos, relativamente ao direito à alimentação (art. 25.º, n.º1, da DUDH), cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito...cit.*, vol. I, p. 381.

todavia, um mínimo diário de 50 litros, como quantidade adequada à satisfação de necessidades básicas e higiene e alimentação⁷⁴.

A teoria do conteúdo mínimo que pode conduzir a resultados positivos em caso de omissão pura ou total inexistência de estruturas que assegurem a concretização do direito à água. Note-se que, face à vocação universal deste direito, o dever da sua promoção lidar com contextos de *realização* (e disponibilidade de meios) muito díspares; nuns Estados o nível de realização do direito será elevado, noutros poderá ser quase inexistente⁷⁵.

Contudo, a teoria do conteúdo mínimo terá de se confrontar com a própria estrutura dos direitos sociais e com os princípios que norteiam a sua concretização.

Com efeito, e, por um lado, se os direitos sociais implicam para os poderes públicos deveres de *respeito*, *proteção* e *promoção*, o paradigma do *conteúdo mínimo* poderá, quanto muito, valer para o dever de *promoção*, mas não exclui o dever de *respeito* e *proteção* do direito no seu estado *concretizado*⁷⁶. Por outro lado, a teoria do conteúdo mínimo tem de conviver com o princípio do *máximo efeito útil* a procurar para as normas de direitos sociais, que postula que os poderes públicos vão tão longe quanto

⁷⁴ Cfr. WHO, *Guidelines for drinking-water quality*, 4.^a ed., WHO, 2011.

⁷⁵ A diversidade de contextos explica também a diversidade de problemas relacionados com o acesso à água. De acordo com a Declaração dos Objetivos do Milénio (ODM n.º7), que afirma que, no ano de 2000, um total de 884 milhões de pessoas, não tinha acesso a água potável (PAULO CANELAS DE CASTRO, *O Direito...*cit., p. 28).

Por sua vez, em diversos Estados do Ocidente, em que existem serviços com elevados níveis de cobertura, garantindo aos cidadãos um acesso à água muito acima do nível *mínimo*, avultam problemas relacionados com o endividamento dos serviços, o desequilíbrio económico-financeiro das concessões ou conflitos de uso, além de potenciais problemas relacionados com as alterações climáticas e a diminuição de recursos hídricos, que colocam em xeque o atual *estádio* de realização deste direito (cfr. JOÃO MIRANDA, *Para onde vai...*cit., p. 105; CARLOS GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, *Los retos...*cit., p. 3806).

⁷⁶ Dessa forma se deve interpretar a sujeição da concretização positiva dos direitos sociais à reserva do possível; nas palavras de Jorge Miranda, tal princípio é inseparável «da realidade constitucional» e do «estádio de efetividade das normas», pelo que «só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório» (cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*cit., t. IV, p. 495).

possível na determinação do seu conteúdo⁷⁷, abstendo-se igualmente de adotar comportamentos que revertam o nível de proteção alcançado⁷⁸.

2.1.2. A limitação da tutela jurisdicional face à liberdade de conformação do legislador

A existência de dimensões positivas e negativas no direito à água, consoante o seu nível de concretização ou o objeto sobre o qual incidam, refletir-se-á também na sua tutela jurisdicional.

Se se tratar de uma dimensão negativa do direito em causa, fundamento de uma posição de abstenção por parte do Estado, a extensão do poder jurisdicional aproxima-se do controlo das restrições aos direitos de liberdade. Ao juiz cabe verificar se existe uma *justificação* para a restrição ao direito, depois aferir a sua constitucionalidade face aos limites da *limitação* dos direitos fundamentais num método de ponderação – a adequação, a necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (art. 18.º, n.º3, da CRP) da medida restritiva. Tratando-se de uma dimensão positiva (programáticas), a tutela jurisdicional estará sempre limitada i) pela liberdade de conformação do legislador e ii) pelo peso de fatores externos a ponderar, em que avulta a disponibilidade de recursos financeiros⁷⁹.

Quando, perante um nível avançado de concretização, o legislador pretende, por determinada razão, retroceder na concretização anteriormente efetuada, o que relevará no direito em causa é a sua dimensão *negativa*, ainda que o mesmo tenha originariamente uma estrutura positiva. Nessa situação, a regressão na concretização do direito consubstancia uma *restrição em sentido próprio* dos direitos fundamentais, cujo

⁷⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, p. 351. Em sentido próximo, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...cit.*, p. 224. Ambos os Autores criticam a teoria do conteúdo mínimo.

⁷⁸ Cfr. CATARINA DE ALBUQUERQUE, *On the right track. Good practices in realising the rights to water and sanitation*, Lisboa, ERSAR, 2012, p. 32.

⁷⁹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...cit.*, p. 232-233.

controlo não deixará de recorrer ao princípio da proporcionalidade e ao método da ponderação de bens, como sucede com as restrições dos direitos de liberdade⁸⁰.

Nada obrigará a que o legislador não reveja a forma como o direito à água é assegurado face aos meios disponíveis; o mesmo pode obedecer a uma forma de realização mais centralizada ou mais descentralizada, mais socializantes ou liberalizantes. O que não pode é deixar de prever e disciplinar o sistema que garante a fruição do direito em causa. Sendo certo que, se se tratar de uma dimensão positiva do direito (v.g. melhoria de técnicas usadas no abastecimento), a sua concretização dependerá da *reserva do possível*, o que significa que a prestação tem de se ajustar ao nível de sustentabilidade que o sistema permite⁸¹.

Se existir um nível de concretização legislativa que assegura o acesso aos serviços de água com um padrão de acessibilidade e qualidade elevados, o Estado está obrigado a mantê-lo (*dever de proteção*) – e, tanto quanto possível, a procurar a melhoria do seu desempenho – dever do *máximo efeito útil das normas de direitos fundamentais sociais*. Mas nada impede que o Estado – ou mais precisamente, o legislador ou a Administração, com a sua legitimidade democrática, venham a adotar uma medida suscetível de interferir na acessibilidade dos cidadãos ao abastecimento de água, desde que essa restrição obedeça aos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito⁸².

Quanto aos direitos sociais de estrutura positiva, pode afirmar-se que a liberdade que assiste ao legislador na conformação dos direitos sociais constitui um fator de

⁸⁰ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 578.

⁸¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. IV, pp. 494-495.

⁸² Alguns Autores defendem aqui a intermediação do princípio do *não retrocesso dos direitos sociais*. *Inter alia* GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 411 e ss; *idem*, *Direito...cit.*, pp. 338-339; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...cit.*, pp. 407 e ss; RUI MEDEIROS, *Direitos...cit.*, p. 676-677; DAVID DUARTE, *Lei-medida e Democracia social*, in SI, t. XLI, n.º 235-237, janeiro-junho, Coimbra, 1992, p. 341.

delimitação do poder jurisdicional na fiscalização de situações individuais e concretas que os particulares invoquem fundados em tais direitos⁸³. Mais do que uma delimitação provocada pela margem de conformação do legislador (que em última instância é decorrente do princípio da separação de poderes), pode afirmar-se que existe uma significativa redução da margem de controlo do juiz⁸⁴.

Com efeito, a ideia tradicional é a de que, face à Lei Fundamental, o juiz não poderá extrair mais que o dever de o legislador consagrar a existência de um *sistema* que permita a *fruição do direito* (JORGE MIRANDA) – *in casu* direito a dispor de um serviço que assegure a provisão de água para consumo humano –, o que faz com que o poder jurisdicional fique, na maioria das situações, limitado à declaração de inconstitucionalidade por omissão⁸⁵, nos termos do disposto no art. 283.º da CRP.

Contrapõe-se, todavia, a este entendimento, o princípio da *proibição da insuficiência* dos direitos sociais positivos, que – como um reverso do princípio da *restrição proporcional* – prevê o dever de os tribunais aferirem das normas programáticas um *nível mínimo de proteção* para o direito em causa, e, em segundo lugar, saber se é ou não *constitucionalmente suficiente* o nível de concretização já alcançado.

A favor deste princípio, REIS NOVAIS⁸⁶ e SÉRVULO CORREIA⁸⁷ defendem, que em determinados casos, os tribunais possam proceder à correção dos efeitos nocivos que advenham da falta de concretização do legislador, com a faculdade de condenar as entidades públicas a realizar prestações de *conteúdo mínimo*⁸⁸.

⁸³ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Interrelação...*, p. 969.

⁸⁴ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *O controlo...*cit., pp. 576-577.

⁸⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*cit., t. IV, p. 363.

⁸⁶ *Direitos Sociais...*cit., pp. 191 e ss.;

⁸⁷ *Interrelação...*cit., p. 970.

⁸⁸ Apesar da semelhança terminológica, o *conteúdo mínimo* que advoga o princípio da suficiência não se confunde com a teoria do conteúdo mínimo, que referimos *supra* (2.1.1.), a propósito do dever de *promoção* do direito humano à água. Apesar de estar aqui também em causa a atuação positiva dos poderes públicos, a determinação de um *conteúdo mínimo* nesta sede coloca-se apenas em sede de fiscalização jurisdicional.

A dificuldade deste princípio reside na aplicação dos critérios que vão determinar a *suficiência* da proteção conferida ao direito. Tradicionalmente, a doutrina radica esse *mínimo* no princípio da dignidade humana⁸⁹. Outro setor acrescenta-lhe o critério da *razoabilidade*, que deve funcionar numa relação de complementaridade com a proteção da dignidade humana⁹⁰, de modo a permitir a operacionalidade do princípio da suficiência. Apesar dessa dificuldade – e dos limites impostos pelo princípio da separação de poderes⁹¹ –, parece-nos defensável a ideia de existência de um conteúdo *mínimo* judiciável, que sem colocar em xeque o princípio da separação de poderes, possa atender ao *contexto* e às *necessidades específicas* de cada caso, determinando o dever do Estado realizar prestações implicadas no direito em causa.

⁸⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Interrelação...cit.*, p. 970.

⁹⁰ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *O controlo...cit.*, pp. 559-600.

⁹¹ Apoiado neste princípio, Rui Medeiros rejeita a proteção dos direitos sociais com base no *conteúdo mínimo de proteção social* ou de conteúdo essencial pelo mesmo não respeitar a reserva de conformação do legislador, que pode ou não corresponder ao tal mínimo existencial defendido pelos tribunais (cfr. RUI MEDEIROS, *Direitos...cit.*, p. 665).

Capítulo II – O princípio do valor económico da água

1. A relevância do princípio do valor económico da água para a sustentabilidade dos serviços

O princípio do valor económico da água, associado, pela Diretiva-Quadro da Água, ao dever de recuperação dos custos pelos serviços, constitui um aspeto central da atividade de abastecimento público de água.

O princípio do valor económico da água foi consagrado na Diretiva-Quadro da Água, ao estabelecer, no seu art. 9.º, n.º1, o dever dos Estados assegurar o estabelecimento de um «*contributo dos diversos setores económicos (...) para a recuperação dos custos dos serviços de abastecimento de água, baseado numa análise económica (...)*». Da inserção sistemática deste preceito (entre deveres de proteção de recursos hídricos) depreende-se que o legislador europeu pretendeu interligar a esta regra de sustentabilidade económica dos serviços, o valor ambiental e social da água⁹². Ou seja, na ótica do legislador, o estabelecimento de preços para o consumo de água e a boa saúde financeira dos serviços – resultante da cobertura de custos através da boa cobrança de preços aos utilizadores finais –, é um instrumento da gestão racional e sustentável da água enquanto recurso natural, por utilizadores domésticos, industriais e agrícolas. A este propósito, os Autores referem três princípios que refletem a abordagem holística feita pela Diretiva ao bem água: o valor social da água (i), o valor ambiental (ii) e o valor económico (iii). O *valor económico*, que é aquele que nos importa atendendo ao tema desta dissertação, reconhece a necessidade de garantir a utilização da água economicamente eficiente e a recuperação dos custos dos serviços⁹³.

Também a Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro (Lei da Água), que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva-Quadro da Água, consagra expressamente o princípio do valor económico da água, fruto do reconhecimento da escassez atual ou

⁹² Cfr. JOANA PEREIRA MENDES, *Direito Administrativo...*cit., p. 126.

⁹³ Cfr. VICTORIA EUGÉNIA SÁNCHEZ GARCÍA, *El agua que bebemos: La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 98 e ss.; ISABEL ANDRADE, *Provisão e financiamento dos serviços de águas e resíduos*, in PAULO TRIGO PEREIRA/ RUI DIAS/ MIGUEL ALMEIDA (coord.), *Autarquias Locais: democracia, governação e finanças*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 221.

potencial da água e a necessidade de garantir a sua utilização economicamente eficiente (art. 3.º, al. d)), estabelecendo, de acordo com o mesmo princípio, o dever dos serviços públicos obterem a recuperação dos respetivos custos.

A forma como surge consagrado, na Diretiva-Quadro da Água e na Lei da Água, que a transpôs, o princípio do valor económico da água e o dever de recuperação de custos, sugere que, na sua origem, tais normativos se encontravam mais próximos dos objetivos da política ambiental europeia do que da política de serviços públicos, no sentido em que a recuperação de custos de produção de água, levariam ao uso eficiente e *racional* de água⁹⁴.

A recuperação dos custos dos serviços, enquanto vertente do princípio do valor económico da água, tem como corolário a existência de tarifas como contraprestação do serviço prestado⁹⁵. O valor das tarifas encontra-se, dessa forma, funcionalizado, em termos imediatos, à recuperação dos custos dos serviços.

Esta visão encontra-se presente na Lei da Água e no Regime Económico e Financeiro dos Recursos Hídricos, ao estabelecerem que as tarifas destinam-se a alcançar uma recuperação dos custos gerados ao longo do ciclo urbano da água, nomeadamente aqueles que resultam de investimentos e despesas com a construção, manutenção e renovação das infraestruturas e equipamentos que asseguram a prestação do serviço de abastecimento público (art. 82.º, n.º1 e n.º2, da Lei da Água, e art. 22.º, n.º2, al. a), do

⁹⁴ Neste sentido, cfr. *inter alia*, ALEXANDRA ARAGÃO, *Water Pricing and Cost Recovery in Water Services in Portugal*, in JEE&P, vol. 10, issue 4, 2013, p. 335; VICTORIA EUGÉNIA SÁNCHEZ GARCÍA, *El agua...cit.*, p. 99. V. também, a COM (2015) 120 final (*A Diretiva-Quadro Água e a Diretiva Inundações: ações tendentes à consecução do «bom estado» da água na UE e à redução dos riscos de inundações*), de 9 de março, disponível em http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/pdf/4th_report/COM_2015_120_pt.pdf, consultado em 01-03-2017. Lê-se nesta Comunicação que que «(...) a falta de recuperação dos custos (...) contribui para a escassez de água (...)» e o «colapso das infraestruturas hídricas» (p. 11).

⁹⁵ Apesar do conceito de *tarifa* ser usado no direito financeiro local, ele não releva como categoria tributária autónoma, pelo que deve ser considerado como uma modalidade de *taxa*, sujeito ao regime jurídico desta. Neste sentido, pronunciou-se, a propósito de *tarifas de saneamento*, o Ac. n.º 76/88, do TC, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/285283/details/maximized>, consultado em 18-04-2017.

Sobre a diversidade de tributos de contraprestação de serviços públicos v., *inter alia*, SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 208 e ss.

Regime Económico e Financeiro dos Recursos Hídricos) e, ainda, assegurar a remuneração adequada dos capitais investidos (art. 22.º, n.º2, al. d)), do Regime Económico e Financeiro dos Recursos Hídricos). Nos casos em que o serviço seja prestado em regime de concessão por entidades privadas, o regime de tarifas visa ainda assegurar o equilíbrio económico-financeiro da concessão e uma adequada remuneração dos capitais próprios da concessionária, assim como o cumprimento dos critérios definidos na lei e nas orientações definidas pelas entidades reguladoras (art. 83.º, n.º2, da Lei da Água).

Por sua vez, a Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que aprova o Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais, estabelece igualmente, no respetivo art. 21.º, n.º1, que *«os preços e demais instrumentos de remuneração a fixar pelos municípios, relativos aos serviços prestados (...) não devem ser inferiores aos custos direta e indiretamente suportados com a prestação desses serviços e com o fornecimento desses bens»*, incluindo nesses serviços os que prestam as atividades de exploração de sistemas municipais ou intermunicipais de abastecimento público de água (art. 21.º, n.º3, al. a)).

A recuperação dos custos afigura-se essencial para garantir a sustentabilidade económica dos serviços e a sua acessibilidade às gerações futuras, de acordo com padrão de qualidade adequado para o consumo humano, o que nos leva a relacionar o princípio do valor económico com o princípio da sustentabilidade e o princípio da boa administração e eficiência administrativa.

1.1. A sustentabilidade como objetivo do dever de recuperação dos custos dos serviços de água

A importância da recuperação dos custos dos serviços é indissociável da finalidade de assegurar a sustentabilidade dos serviços de água⁹⁶. A ausência de recuperação de custos leva ao surgimento de défices tarifários, provocando o endividamento dos sistemas, que, em última análise se irá refletir no endividamento do Estado, e numa diminuição de oportunidades de escolha e de exercício da prestação dos serviços.

Alude-se aqui às dimensões *económica* e *social* do princípio da sustentabilidade. Dimensão *económica*, por um lado, na medida que esta traduz a ideia de que uma gestão insustentável pode colocar em causa, para o futuro, as condições mínimas do acesso a um determinado bem ou serviço, por via do aumento da escassez, diminuição da sua qualidade ou do aumento do preço. Dimensão *social*, por outro lado, porque a sustentabilidade dos serviços de água envolve a necessidade de assegurar a continuidade de uma prestação que assegura um direito social (por isso, também dependente da reserva do financeiramente possível), e cuja falta afetará, no limite, a dignidade da pessoa humana⁹⁷.

Na ótica de aplicação deste princípio, a Administração deverá incluir os interesses das gerações futuras no seu direito de acesso à água, o que traduz o valor de posterioridade deste direito. O direito humano à água significa fruir de um acesso aos serviços de água no presente e para as gerações futuras⁹⁸.

Estando dependente de uma análise de ponderação, a sustentabilidade obriga à definição de critérios que irão definir a partilha comunitária de riscos e à responsabilidade jurídica pelo risco criado por uma determinada solução administrativa, por um lado; e a

⁹⁶ Considerando o princípio da sustentabilidade como um «*princípio vetor e integrador de políticas públicas*», cfr. GOMES CANOTILHO, *O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional*, in Tékne, vol. VIII, nº 13, 2010, p. 7.

⁹⁷ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *O princípio constitucional da sustentabilidade*, in PAULO OTERO/ FAUSTO DE QUADROS/ MARCELO REBELO DE SOUSA (coord.), *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 412 e ss.

⁹⁸ Sobre a delimitação do conceito de *gerações* na aplicação do princípio da sustentabilidade, v. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 94 e ss.

realização de um juízo de prognose sobre a evolução das circunstâncias técnicas e financeiras que envolvem as opções do decisor, por outro⁹⁹. Como está em causa a realização de um direito social, coloca-se também aqui a necessidade de ponderar a gestão de um *risco social*, derivado da escassez de prestações¹⁰⁰.

Além dos riscos de raiz económica, existe uma diversidade de riscos de outra natureza suscetíveis de influenciar o desempenho futuro dos serviços, e que acabam por importar também uma necessidade de acautelamento do ponto de vista económico.

As análises prospetivas sobre a evolução dos desafios colocados aos serviços de água, indicam que estes serão condicionados pelas alterações demográficas (envelhecimento da população, redução da natalidade e redução de habitantes por fogo), bem como uma tendência para os consumidores racionalizarem os seus consumos de água, deixa entrever a possibilidade de subutilização das infraestruturas, afetando a sua sustentabilidade económica, ou, noutros casos, a sua potencial *sobreutilização*, o que obrigará a novos investimentos. Aponta-se também uma maior assimetria sazonal e especial das disponibilidades hídricas por alterações climáticas e aumento do consumo, donde resultará uma maior competição com outras utilizações da água (agricultura, indústria, turismo), apesar da prioridade do uso doméstico, como vimos antes. Finalmente, o aumento de fenómenos de poluição química e biológica emergente e por inundações fluviais ou urbanas pode danificar as infraestruturas, obrigando à sua recuperação¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *O lugar do Direito na proteção do ambiente*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 456.

¹⁰⁰ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Estado Social e concretização de Direitos Fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, in RFDUP, ano VII, número especial, Porto, 2011, pp. 26-27.

¹⁰¹ V., para maior desenvolvimento, JAIME DE MELO BAPTISTA, *Políticas públicas dos serviços de água – uma análise prospetiva*, in PEDRO CUNHA SERRA (coord.), *Políticas...*cit., pp. 24-25.

As opções sobre a governação dos serviços de água estarão dependentes de juízos de prognose, que inexoravelmente assentarão em informações falíveis sobre a evolução das condições futuras¹⁰².

Como forma de lidar com esses riscos, as entidades titulares de serviços de água estão vinculadas ao dever de buscar o apoio de peritos, que apoiam a ponderação valorativa inerente às escolhas de modalidades de gestão e à evolução das condições em que o serviço será prestado, de modo a aferir do seu sucesso, com base em conhecimentos técnico-científicos¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Na sua função positiva de informar materialmente os atos legislativos e a atuação das entidades administrativa, a análise dos titulares da decisão administrativa não deverá apenas incidir sobre os encargos que o investimento irá acarretar para as gerações futuras, como também o seu potencial benéfico para estas. Assim, será possível identificar uma dimensão positiva e uma dimensão negativa do princípio. Na dimensão positiva, a sustentabilidade, fundamentando uma *moderação no presente* sempre que esteja em causa a realização de investimentos cujos custos se possam vir a refletir sobre as gerações futuras, determina que a Administração não deve prosseguir com determinado investimento porque onera de forma injustificada as gerações futuras¹⁰⁵. Porém, também será possível identificar uma dimensão negativa do princípio da

¹⁰² Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental*, in CARLA AMADO GOMES (coord.), *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2005, p. 227.

¹⁰³ Em termos gerais, sobre o recurso aos conhecimentos técnicos para a informação de decisões administrativas, v. *inter alia*, CARLA AMADO GOMES, *Subsídios...*cit., p. 42; JOÃO MIRANDA, *A função...*cit., p. 542; PAULO OTERO, *Legalidade...*cit., pp. 295 e ss.

¹⁰⁴ Daí a obrigação de recorrer a estudos económico-financeiros, v.g., na constituição de um sistema de parceria entre Estado e municípios para a gestão de serviços de água (art. 4.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril); na constituição de um determinado sistema multimunicipal pelo Estado (art. 4.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 13 de julho); ou na opção por um determinado modelo de gestão por parte dos municípios (art. 15.º, sobre sistemas intermunicipais; art. 21.º, sobre empresas municipais; art. 36.º, n.º1, quanto à decisão de concessionar a entidade privada; todos do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

¹⁰⁵ Baseamo-nos na definição de *sustentabilidade* de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito. Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 73.

sustentabilidade, através da qual este sugere um efeito oposto ao que descrevemos. Perante a realização de um investimento que, de acordo com a análise de custo benefício feita no presente, traga benefícios duradouros para que as gerações futuras possam tirar proveito delas, será legítimo que estas suportem parte dos seus custos no futuro. O que vale dizer que o princípio da sustentabilidade também poderá, em sentido negativo, fundamentar a realização de investimentos por parte da Administração, mesmo que estes onerem as gerações futuras, desde que se comprove o benefício retirado por estas¹⁰⁶.

1.2. O dever de adoção de uma gestão territorialmente adequada como consequência do princípio da eficiência

Enquanto elemento de conformação da organização e a gestão dos serviços públicos de água, vinculados ao dever de recuperação de custos, este deve articular-se também com o princípio da eficiência e da boa-administração. No modo de operação deste princípio ao nível das questões de organização e gestão dos serviços públicos, colocam-se deveres jurídicos de proceder à avaliação de repercussão das opções tomadas e que se prendem em muitas situações com a comparação das vantagens relativas de executar uma determinada tarefa e a razoabilidade da afetação aos dinheiros públicos¹⁰⁷.

Com efeito, no sentido em que os serviços de água devem pautar-se por uma forma de *organização* e de *gestão* que seja racional e eficiente para cumprir com a recuperação dos custos, o aspeto da organização territorial é fulcral no setor do abastecimento público de água, já que este, enquanto mercado de monopólio natural, propício à geração de rendimentos crescentes à escala, será tão mais eficiente quanto mais aproveitar ganhos de escala, através do aumento do número de utilizadores servidos e da integração do processo produtivo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da dívida...*cit., p. 101.

¹⁰⁷ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios...*cit., pp. 195-196.

¹⁰⁸ Cfr. DAVID H. GETCHES/ SANDRA B. ZELLMER/ ADELL L. AMOS, *Water Law...* p. 44; JAIME DE MELO BAPTISTA, *Políticas...*cit., p. 25; RUI CUNHA MARQUES, *A regulação...*cit., p. 29.

O art. 5.º, n.º3, alínea a), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, traduz esta relação entre eficiência e organização ao consagrar entre os seus princípios gerais, o dever dos serviços adotarem «*a gestão integrada territorialmente mais adequada (...)*», com vista «*(...) a minimizar custos através da maximização de economias de escala*». Noutras passagens constam o dever de escolha da forma de gestão mais adequada em termos territoriais (art. 7.º, n.º1, al. a)) e o dever de adotar a gestão integrada de todo o processo produtivo (...) de forma a maximizar economias de processo através de um maior grau de integração vertical (art. 5.º, n.º3, al. c))¹⁰⁹.

O princípio da eficiência é igualmente objeto de tratamento constitucional, relativamente ao setor empresarial público, no art. 81.º, alínea c), que consagra a incumbência prioritária do Estado «*assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público*»; relativamente ao exercício da função administrativa, através do princípio da eficácia e da eficiência, a que dá guarida o art. 267.º, n.º1, ao dispor que «*(...) Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização (...)*», e o respetivo n.º5, que refere que o «*(...) processamento da atividade administrativa (...) assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços (...)*».

O CPA acolhe estes desígnios no princípio da boa administração (art. 5.º), cujo propósito é o de fazer a Administração atuar seguindo «*(...) critérios de eficiência, economicidade e celeridade*» (n.º1). Apesar da sua inserção no campo da atividade e do procedimento administrativos, o princípio da boa administração constitui uma norma estruturante de todo o Direito Administrativo¹¹⁰, conformando a Administração no

¹⁰⁹ A ideia aqui presente é a de que o conceito de *eficiência* visa uma finalidade concreta, relacionada com a concretização de um determinado interesse público, *in casu* a prestação dos serviços de água (sobre a relação de funcionalidade do princípio da eficácia, v. CLÁUDIA VIANA, *O Princípio da Eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública*, in RFDUP, Ano VII, número especial, Porto, 2011, p. 302).

¹¹⁰ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*, in CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2015, p. 169.

dever de atuar de forma a satisfazer da forma mais racional, expedita e económica, o interesse público colocado ao seu encargo¹¹¹. O princípio não procura uma *eficiência jurídica* ou efetividade do *dever-ser* consagrado na lei, mas sim uma ação orgânica, idónea e sistemática que corresponde à «*melhor gestão possível*»¹¹² e acompanha a realização prática do interesse público.

No mesmo sentido, o legislador entende que a obrigação de recuperação dos custos pelos serviços de água se refere apenas aos que são gerados num cenário de eficiência produtiva (art. 21.º, n.º2, do Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais) como decorre dos princípios de serviço público e da proteção do utilizador, nomeadamente da *continuidade* e da *universalidade* que aqueles visam imprimir aos serviços de água, não se afigurando justificável que os custos gerados por um sistema ineficiente onerem a posição dos utilizadores presentes e das gerações futuras¹¹³.

Não havendo dúvidas de que o princípio de boa administração constitui um parâmetro jurídico de controlo da atividade administrativa, com indiscutíveis efeitos jurídicos *intra-administrativos*, a doutrina discute se se podem extrair do mesmo princípio direitos subjetivos e se as opções da Administração podem ser sindicadas pelos tribunais face ao parâmetro de controlo da *boa administração*. A questão que se coloca é a de saber se, estando vedado ao conhecimento dos tribunais o mérito das decisões administrativas, pode um particular ir a tribunal obter a declaração de que uma determinada solução da Administração não é a mais eficiente do ponto de vista técnico ou financeiro, devendo por esse motivo ser anulada¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*cit., t. I, p. 46.

¹¹² Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos*, in FRANCISCO SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho...*cit., t. II, p. 1951.

¹¹³ Cfr. ISABEL ANDRADE, *Provisão...*cit., p. 225.

¹¹⁴ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios...*cit., p. 199.

No sentido de negar a *justiciabilidade* do princípio, FREITAS DO AMARAL afirma que a administração está sujeita ao dever de boa administração, que a obriga a seguir os critérios que traduzam a melhor gestão em função do interesse público, mas que esse dever tem natureza *imperfecta*, por ausência de sanção jurídica¹¹⁵, embora reconheça que há consequências jurídicas do dever que tornam apreciável o mérito das atuações da Administração¹¹⁶.

Pelo contrário, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, entende que a posição de que o princípio da boa administração e os deveres que ele comporta não podem constituir *direitos subjetivos* dos particulares, é questionável face aos meios de tutela jurisdicional existentes. O Autor baseia a sua posição na possibilidade de um presidente de um órgão colegial ou dos cidadãos eleitores e residentes num qualquer concelho poderem impugnar os atos dos órgãos autárquicos (art. 55.º, n.º1, al. b) e e), n.º2, respetivamente, do CPTA), meios que conferem aos particulares a possibilidade de reagir contra um ato que não se conforme com o princípio da boa administração.

Desta forma, apesar da maior aptidão do princípio para funcionar como parâmetro dentro do setor público (como refere FREITAS DO AMARAL), parece que ele pode funcionar como fundamento de invalidade para os tribunais, atendendo aos critérios precisos que o princípio oferece¹¹⁷.

Um exemplo de uma situação em que pode estar em causa a fiscalização de um ato de um serviço de água, estando em causa o cumprimento do *dever de boa administração*, é a hipótese de um determinado município optar por integrar a constituição de um sistema

¹¹⁵ Cfr., neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. II, pp. 47-48.

¹¹⁶ Nesse sentido, existem impugnações administrativas (reclamações e recursos), que são garantias dos particulares, que podem ter por fundamento vícios de mérito do ato administrativo; por exemplo, o grau de *zelo e diligência* releva no caso de um órgão ou agente administrativo praticar um facto ilícito e culposo de que resultem prejuízos para terceiros, afim de definir *a medida da sua culpa*, ou *culpa da Administração*, e por consequência, os termos da sua responsabilidade; o que significa que o dever de boa administração pode ter consequências jurídicas (cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. II, p. 47; seguido por MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, t. I, 207).

¹¹⁷ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Os Princípios...cit.*, pp. 199-201 e 203.

intermunicipal, sem proceder à realização prévia do estudo de viabilidade económico-financeira, que instrui o projeto de criação do sistema, nos termos do art. 15.º, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto. Numa situação em que tal ocorra, qualquer cidadão eleitor e residente no concelho abrangido por esse sistema poderá impugnar o respetivo ato de criação com fundamento na preterição daquele estudo (art. 55.º, n.º2, do CPTA).

1.2. A dependência de *redes* como problema na adoção de uma gestão territorialmente adequada

Se por um lado existe o dever de os serviços adotarem a forma organizativa, do ponto de vista da gestão e da dimensão territorial, mais eficiente e suscetível de contribuir para a sustentabilidade do sistema, este objetivo encontra-se também limitado pela própria dimensão do território onde os serviços desempenham a sua atividade. Este constrangimento explica, de resto, que o problema da organização dos serviços seja considerado uma das causas para que o setor da água apresente uma tendência para a fraca recuperação e custos, comparativamente a outros serviços assentes em infraestruturas de rede¹¹⁸⁻¹¹⁹.

Como referimos anteriormente, o setor do abastecimento público de água constitui um monopólio natural, assentando em infraestruturas de rede. Estas infraestruturas representam elevados custos fixos e tornam inviável a existência de mais do que um operador, impedindo o funcionamento do mercado em livre concorrência. Devido aos elevados custos de infraestruturização, estes serviços também se caracterizam pela demonstração de economias de escala (rendimentos à escala crescentes), o que significa

¹¹⁸ Cfr. CARLOS GONZÁLEZ-ANTÓN ALVAREZ, *Los retos...*cit., p. 3810.

¹¹⁹ Sobre a fragmentação dos sistemas de abastecimento público de água nas economias da OCDE, v. JOÃO SIMÃO PIRES, *O futuro dos serviços públicos de água: experiências internacionais*, in JOÃO MIRANDA/ ANA LUÍSA GUIMARÃES, ANTÓNIO LEITÃO AMARO, MARK KIRKBY (coord.), *Direito...*cit. pp. 10-11.

que os custos unitários de produção são decrescentes para quantidades crescentes de procura¹²⁰.

Como avançamos antes, estas características fazem com que o desempenho económico dos serviços de água seja substancialmente afetado por fatores demográficos – existência, concentração ou dispersão de população no território – e por condicionantes geográficas, orográficas e climáticas¹²¹. Assim, um serviço que sirva um município com uma população reduzida será tendencialmente um serviço que gera menor valor e em que haverá custos superiores a recuperar, comparativamente com um serviço que sirva um município mais populoso. O preço do serviço para o utilizador final será, por esse motivo, tendencialmente superior, comparativamente a um serviço que sirva um número maior de utilizadores. Também um território onde a água exista com abundância permitirá a sua exploração a um custo inferior se comparado com um local onde o recurso exista com um nível inferior de disponibilidade, ou, por qualquer motivo, careça de maior investimento para a sua captação e exploração¹²².

Por esse motivo a implantação local e a adequação da dimensão territorial à gestão dos serviços encontra-se sinalizada como um dos principais problemas que afetam o desempenho económico dos serviços, dificultando a recuperação de custos. Justifica-se assim a necessidade do legislador e da Administração adotarem soluções organizativas que se adaptem às características do território, ainda como corolário de um dever de atuar de forma eficiente e conforme ao dever *boa-administração*.

2. A limitação do dever de recuperação dos custos pelo princípio da universalidade dos serviços de água

¹²⁰ Cfr. RUI CUNHA MARQUES, *A Regulação...*cit., p. 29.

¹²¹ Cfr. JAE HONG KIM/ TIMOTHY D. KEANE/ ERIC A. BERNARD, *Fragmented local governance and water resource management outcomes*, in JEM, 150, 2015, pp. 379 e ss. V. igualmente a análise económica da influência de características climáticas e orográficas na gestão de serviços de águas na Catalunha, RAMÓN TAMAMES GÓMEZ/ RAMIRO AURÍN LOPERA, *Gobernanza y gestión del agua: modelos público y privada*, Profit Editorial, Barcelona, 2015, pp. 88-89.

¹²² Cfr. CARLOS GONZÁLEZ-ANTÓN ALVAREZ, *Los retos...*cit., p. 3810.

O dever de recuperação de custos não pode colocar em risco a acessibilidade das populações aos serviços de água em condições de universalidade. As tarifas aprovadas estarão sempre vinculadas a esse princípio.

Tal constitui uma consequência do relevante papel da água a nível social, que pode desaconselhar, no caso concreto, a inexistência de uma total recuperação de custos¹²³ ou aconselhar uma recuperação progressiva. Por outras palavras, a recuperação de custos deve ser, também ela, sustentável¹²⁴, de modo a que o cumprimento de tal dever não coloque em xeque a universalidade do abastecimento de água, nem a quebra dos níveis de qualidade de água exigidos para o consumo humano.

A mesma ideia tem aplicação ao problema de forma de organização e dos modelos de gestão dos serviços, como se reconhece no acórdão do TJUE, de 11 de setembro de 2014¹²⁵. Afirma este aresto que a recuperação de custos do art. 9.º da Diretiva-Quadro da Água, não obriga à adoção de soluções uniformes, devendo ter-se em conta o contexto local e regional dos serviços.

Por detrás desta decisão, está a admissão por parte do TJUE de que o princípio da recuperação dos custos tem de ser interpretado à luz do modo de triplo financiamento que caracteriza estes serviços – transferências públicas, tarifas e impostos –, podendo haver determinados custos que não se repercutem sobre os utilizadores, desde que haja uma justificação plausível para essa não repercussão¹²⁶.

Conclui-se assim que o dever de recuperação dos custos pode assumir também um caráter de princípio jurídico, no sentido de ser entendido um *mandado de otimização*, sujeito a uma ponderação sobre a sua aplicação, que atenda aos *condicionalismos*

¹²³ Cfr. WORLD WATER COUNCIL, *Report of the World Panel on Financing Water Infrastructure – Financing Water For All*, disponível em <https://www.oecd.org/greengrowth/21556665.pdf>, consultado em 28-12-2016, p. 9.

¹²⁴ Cfr. WORLD WATER COUNCIL, *Report...cit.*, p. 13.

¹²⁵ Ac. do TJUE, de 11 de setembro de 2014 — Comissão Europeia c. República Federal da Alemanha, proc. n.º C-525/12, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-525/12&language=PT>, consultado em 20-03-2017.

¹²⁶ Cfr. ISABEL CARO-PATÓN CARMONA, *Sobre la regulación...cit.*, p. 432.

*fáticos e jurídicos*¹²⁷ em presença, e não uma prescrição de exigência imediata como se fosse uma comum regra jurídica.

¹²⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito...*cit., p. 1161.

Capítulo III – O abastecimento de água como serviço público

1. Perspetiva subjetiva – a organização dos serviços públicos de água

Os serviços públicos de água constituem instrumentos indispensáveis ao funcionamento do ciclo urbano da água, e que asseguram a sequência de tarefas que permitem o acesso à água pelas populações, desde a sua captação no meio hídrico até à chegada às suas habitações¹²⁸ – captação, tratamento, armazenagem, distribuição e abastecimento domiciliário¹²⁹⁻¹³⁰.

A organização territorial destes serviços é norteada pelos princípios constitucionais da aproximação dos serviços às populações, da descentralização político-administrativa e da unidade da ação administrativa, cabendo ao legislador proceder à delimitação concreta das atribuições dos entes administrativos.

1.1. O papel conformador do princípio constitucional da aproximação dos serviços às populações

Como serviços que exercem uma função materialmente administrativa, os serviços públicos de água, encontram-se, nos termos da Constituição, sujeitos ao princípio da *aproximação dos serviços às populações*, nos termos do art. 267.º, n.º1, da CRP, o que fundamenta a sua estrutura descentralizada (art. 267.º, n.º2, da CRP).

¹²⁸ Cfr. ISABEL CARO-PATÓN CARMONA, *Sobre la regulación de los servicios urbanos del agua*, in MIGUEL ÁNGEL BENITO LÓPEZ (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI. Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw, Congreso Internacional de Derecho de Agua, Alicante, octubre 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015. p. 420; L. VEIGA DA CUNHA/ A. SANTOS GONÇALVES/ V. ALVES DE FIGUEIREDO/ MÁRIO LINO, *A Gestão da Água. Princípios fundamentais e sua aplicação em Portugal*, FCG, Lisboa, 1980, pp. 44 e ss.

¹²⁹ Cfr. FERNANDO SAÍNZ MORENO, *Competencias en materia de abastecimiento de agua y saneamiento*, in FRANCISCO SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Tirant to blanch, Valencia, 2000.

¹³⁰ Dado a delimitação de tema desta dissertação, excluimos as tarefas compreendidas na atividade de saneamento, apesar da mesma integrar também o ciclo urbano da água.

A CRP não consagra nenhuma atribuição específica a favor das autarquias locais, nem oferece aos respetivos órgãos qualquer competência em especial. É ao legislador ordinário que cabe o papel de delimitar as atribuições e competências das autarquias locais. Neste sentido, o art. 237.º, n.º1, estabelece que *as atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa*. Por sua vez, no art. 165.º, n.º1, alínea q), prevê-se que as atribuições e de organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos (*estatuto das autarquias locais*), é objeto de reserva de lei da Assembleia da República, salvo autorização desta ao Governo.

Porém, razões derivadas do princípio democrático¹³¹ implicam que o legislador ordinário tenha o dever de prever um «*nível razoável de atribuições*»¹³² a favor das autarquias locais, porque elas têm órgãos próprios, constituídos democraticamente com o objetivo de exprimir a vontade popular local¹³³.

¹³¹ Desde logo, o Estado de Direito democrático compreende a existência de autarquias locais (art. 6.º, n.º1, e art. 235.º, n.º1, da CRP) e estas, enquanto pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos próprios, *visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas* (235.º, n.º2).

¹³² Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 46/2002, de 16 de janeiro de 2003, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/445aea401cc946b180256be3005466a5?OpenDocument>, consultado em 01-02-2017. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos defendem ainda que o princípio da *aproximação da Administração às populações* aponta ao legislador o dever de *aprofundamento* da descentralização administrativa já atingida (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo geral*, t. I – *Introdução e princípios fundamentais*, 2.ª ed., Publicações Dom Quixote, Alfragide, 2004, p. 143). Contra, JOÃO MIRANDA, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 565 e, em especial, nt. 1886.

¹³³ António Cândido de Oliveira afirma que não é apenas para cumprir um ideal de descentralização que existem autarquias locais, mas também para realizar o princípio da dignidade humana (art. 1.º da CRP) e o princípio da soberania popular (arts. 2.º e 3.º da CRP) (cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 82 e ss.)

Acresce que a Constituição consagra a favor das autarquias locais o poder de emitir regulamentos, assim disciplinando, de acordo com os respetivos interesses, as áreas de atuação que lhe estão confiadas¹³⁴.

Acresce ainda, que no domínio das relações interadministrativas, a Constituição determina que o Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública, só possa intervir na gestão da atividade administrativa autárquica, através do seu poder de tutela sobre as autarquias locais¹³⁵, para controlo da legalidade da atuação destas.

A descentralização é assistida por uma garantia institucional que protege o *núcleo essencial* da autonomia local e que suscita o caráter limitado das restrições às atribuições concedidas, à semelhança do que sucede com as restrições de direitos fundamentais¹³⁶.

A conformação da organização dos serviços da Administração Pública segundo o princípio da descentralização cumpre o desiderato da *aproximação dos serviços às populações*, outro princípio contido no art. 267.º, n.º1, da CRP, que concretiza a ideia de que as necessidades coletivas são melhor satisfeitas através de serviços próximos daqueles que recorrem a eles, por estarem em condições de mais fácil conhecimento das necessidades concretas que lhes cabe satisfazer¹³⁷. Por isso, a conceção de uma Administração próxima das populações, leva à existência de uma pluralidade de pessoas jurídico-públicas dentro da Administração, falando-se a esse propósito na existência de várias Administrações Públicas em vez de *uma só* Administração Pública¹³⁸.

¹³⁴ Nos termos do art. 241.º, da CRP, as autarquias locais dispõem do *poder de emitir regulamentos, nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar*.

¹³⁵ Art. 242.º, n.º1, da CRP (*ex vi* art. 199.º, al. d)).

¹³⁶ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 272; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*cit., pp. 136-137; ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito...*cit., p. 94.

¹³⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*cit., t. I, p. 144.

¹³⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 149.

Em face deste pluralismo institucional gerado com a descentralização, e nomeadamente ao nível das autarquias locais, há Autores, como ALVES CORREIA ou ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA que, contestam a capacidade da atual forma de organização político-administrativa do território para que a Administração possa realizar o interesse público que lhe está confiado¹³⁹.

O setor da água é objeto de crítica pela sua forte dependência face à organização político-administrativa, sofrendo com a falta de dimensão territorial e densidade populacional de muitas das circunscrições autárquicas existentes no nosso país. Entre outros, RUI MEDEIROS, falando em *disfuncionalidade* desta forma de organização, critica a «grande dispersão» e «relativa exiguidade dos sistemas» que a mesma gerou¹⁴⁰. ANTÓNIO LEITÃO AMARO fala numa «arquitetura institucional pulverizada», que leva a que existam muitos sistemas com falta de racionalidade e escala adequada, com serviços mal dimensionados e ineficientes, e, por conseguinte, com custos muito diferentes para serviços idênticos¹⁴¹.

Face às disfunções da descentralização, diversos Autores ressalvam que os princípios da *aproximação dos serviços às populações* e da *descentralização administrativa* não têm

¹³⁹ Alves Correia afirma que «a tradicional organização territorial autárquica não corresponde às exigências atuais e às condições da vida administrativa hodierna» (cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Formas jurídicas de cooperação intermunicipal*, in BFDUC, número especial – sep. de *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. I, Coimbra, 1984, pp. 61 e ss.).

António Cândido de Oliveira refere a falta de uma «autarquia intermédia entre o município e o Estado», como existe em quase toda a Europa Ocidental, e que tal ausência constitui «um problema da nossa administração» (cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO OLIVEIRA, *Quase 40 anos de democracia local: um período sem paralelo na história político-administrativa de Portugal*, in QADL, n.º3, julho/setembro, AEDRL, 2014, p. 56).

¹⁴⁰ Cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...*cit., p. 80.

¹⁴¹ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas...*cit. p. 55.

V., igualmente, para maior desenvolvimento, JAIME DE MELO BAPTISTA/ RAFAELA SALDANHA MATOS/ JOÃO C. RODRIGUES PENA, *Regulamentação e Normalização Técnica no Domínio do Saneamento Básico*, col. Informação Técnica Hidráulica, LNEC, Lisboa, 1987, pp. 21 e ss.

caráter absoluto, «(...) *modelos ideais, sem alcance prático* (...)»¹⁴², o que decorre do próprio art. 267.º, n.º2, da CRP, ao referir que a prossecução daqueles princípios não deve prejudicar a necessária *eficácia e unidade de ação* da Administração. Que a *eficácia e unidade* da ação administrativa determina que o legislador evite a proliferação de centros de decisão e de patrimónios autónomos, bem como pela inexistência de recursos humanos para o desempenho de tarefas de elevada especialidade; desvantagens de uma descentralização excessiva ou desadequada face ao setor em questão¹⁴³. Um conjunto substancial de Autores também ressalva que o legislador não pode estar vinculado a reconhecer obrigações *próprias* ou atribuições que sejam locais por natureza¹⁴⁴, sendo o princípio da descentralização um «*critério de interpretação e integração*»¹⁴⁵ que não contradiz o facto da *última palavra* na repartição vertical de atribuições caber do legislador¹⁴⁶. Desta forma, o princípio da unidade e eficácia da ação administrativa pode justificar uma reversão do fenómeno descentralizador, sobre as atribuições que não se considerem protegidas pela garantia institucional da autonomia local, i.e. sob um critério de proporcionalidade¹⁴⁷.

Tomando como preponderantes os desígnios da eficácia e eficiência, VIEIRA DE ANDRADE propõe uma leitura alternativa ao paradigma de Administração descentralizada, substituindo-a por um tipo de «*Administração eficiente*», que proíba a «*descentralização excessiva*» e dê liberdade ao legislador para que escolha, em cada

¹⁴² Cfr. JORGE MIRANDA, *Comentário ao art. 267.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, t. III, p. 583-584.

¹⁴³ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Formas jurídicas...* cit., pp. 61 e ss.

¹⁴⁴ Cfr., neste sentido, JORGE MIRANDA, *Comentário ao art. 237.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, t. III, p. 457; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Distribuição pelos Municípios de Energia Eléctrica de Baixa Tensão*, in Sep. CJ, t. V, Lisboa, 1988, p. 30; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. II, LEX, Lisboa, 1995, p. 609. Contra, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que cabe ao legislador reconhecer «*atribuições próprias (e não apenas delegadas pelo Estado)*» (cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Comentário ao art. 237.º*, in, *Constituição...cit.*, vol. II, p. 724).

¹⁴⁵ JORGE MIRANDA, *Comentário ao art.* in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, (coord.), *Constituição...cit.*, t. III, p. 587.

¹⁴⁶ Cfr. JOÃO MIRANDA, *A função...cit.*, p. 565; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A determinação das atribuições das autarquias locais*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 474.

¹⁴⁷ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder...cit.*, vol. II, p. 693.

momento, as soluções «*mais rentáveis*» do ponto de vista da realização do interesse público¹⁴⁸.

Por último, a legitimidade do legislador será reforçada com o funcionamento *biunívoco* do princípio da subsidiariedade, cuja aplicação decorre da relação funcional da descentralização à prossecução dos *interesses próprios das populações respetivas* (art. 6.º, n.º1, da CRP, e art. 4.º, n.º3, da CEAL¹⁴⁹). Por um lado, postula que devem ser atribuídas às autarquias locais as matérias que elas possam exercer de modo mais eficaz, em termos humanos, técnicos e financeiros, comparativamente aos entes administrativos superiores ou inferiores, o que lhe confere um carácter descentralizador; por outro lado, no caso de as autarquias locais não disporem dos meios necessários, ou que a instância administrativa de nível superior pode exercer a atividade em causa com menores custos de oportunidade, em termos de recursos humanos e/ou financeiros, e mais eficiência objetiva, devem as mesmas ser desempenhadas pelos órgãos do Estado, funcionando o princípio de modo centralizador¹⁵⁰.

A complexidade do setor do abastecimento de água e as necessidades variáveis dos serviços face à sua heterogeneidade¹⁵¹ fazem com que seja particularmente difícil traçar a «*linha divisória*»¹⁵² entre os interesses de relevância local e nacional. Do ponto de vista constitucional, se entendermos que o abastecimento de água se pode compreender na matéria da *qualidade de vida*¹⁵³, o legislador constituinte perspetiva a administração

¹⁴⁸ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 87.

¹⁴⁹ Ratificada e publicada em anexo à Resolução da Assembleia da República n.º 28/90, de 23 de outubro.

¹⁵⁰ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português*, in ROA, ano 58, vol. II, junho, 1998, p. 801; JOSÉ CASALTA NABAIS, *A Autonomia Local (alguns aspectos gerais)*, in BFD, número especial – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró*, vol. II, 1993, p. 174.

Para este sentido aponta também a Carta Europeia de Autonomia Local, que estabelece que [...] *A atribuição de uma responsabilidade a uma outra autoridade deve ter em conta a amplitude e a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e de economia* (cfr. art. 4.º, n.º3, da CEAL).

¹⁵¹ Cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...*cit., p. 80.

¹⁵² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*cit., vol. I, p. 421.

¹⁵³ Expressamente, a matéria da água é referida na CRP apenas quanto à incumbência do Estado *adotar uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos* (art. 81.º, al. n)).

do setor como um domínio partilhado, sobre o qual que quer o Estado, quer as autarquias locais, são titulares de *atribuições* e têm um *dever de colaboração* entre si para a prossecução dos respetivos interesses nessa matéria (art. 66.º, n.º2, alínea e), da CRP)¹⁵⁴.

Nesse sentido, o enquadramento dos serviços de abastecimento de água ao nível da repartição vertical de poderes aproximar-se-á da ideia da ideia de «*condomínio de atribuições*»¹⁵⁵, visto que as autarquias locais partilham atribuições com outras pessoas coletivas públicas nesta matéria, nomeadamente com o Estado e as Regiões Autónomas, e são condicionadas por poderes de regulação comportamental de entidades administrativas independentes.

1.2. A repartição de atribuições como corolário da conexão de interesses nacionais e locais sobre o abastecimento de água

Compulsados os princípios constitucionais que orientam a repartição de atribuições e competências sobre o serviço de abastecimento público de água, vejamos agora a sua concretização legislativa.

No Regime Jurídico das Autarquias Locais, o art. 23.º, n.º2, alínea k), estabelece que os municípios dispõem de atribuições no domínio do *ambiente e saneamento básico*. Consequentemente, o art. 6.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que aprova o Regime Jurídico dos Serviços Municipais de Abastecimento Público de Água, Saneamento e Resíduos Urbanos, estabelece que a gestão dos serviços municipais de abastecimento público de água é uma atribuição dos municípios, que pode ser por eles

¹⁵⁴ Cfr., no mesmo sentido, VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...*cit., p. 73.

¹⁵⁵ JORGE MIRANDA, *Comentário* ao art. 267.º, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição...*cit., t. III, p. 503. A propósito deste tipo de setores, referindo uma *confluência* entre *interesses locais* e *interesses da comunidade nacional*, v. o Ac. n.º 329/99, de 2 de junho, do TC, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1999&numero_actc=329, consultado em 10-04-2017.

prosseguida isoladamente ou através de associações de municípios ou áreas metropolitanas, mediante a constituição de sistemas intermunicipais¹⁵⁶.

No entanto, o Estado dispõe da possibilidade de intervir diretamente na gestão dos serviços de água através da criação e sistemas multimunicipais. Nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, que aprova o Regime Jurídico dos Sistemas Multimunicipais, estes sistemas são aqueles que servem «(...) *pelo menos dois municípios (...)*» e exigem a intervenção do Estado em função de razões de interesse nacional (art. 1.º, n.º1), atribuindo a sua *exploração e gestão* diretamente ao Estado, ou, em regime concessão, a *entidade de natureza empresarial* de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos (art. 1.º, n.º3)¹⁵⁷.

Quando existem estes sistemas, a administração dos serviços públicos de água é exercida através de uma organização complementar, em que os sistemas multimunicipais procedem à captação, tratamento e armazenagem de água, para em seguida proceder à sua distribuição nas redes locais, e aos sistemas municipais cabe a distribuição direta às populações e gestão da rede local¹⁵⁸. Dada a natureza de ambos os sistemas, diz-se que os sistemas multimunicipais são os responsáveis pela atividade *grossista* ou *em alta*¹⁵⁹ e os sistemas municipais exercem a atividade *retalhista* ou *em baixa*.

A evolução dos processos e da técnica de prestação do serviço, acompanhada do desenvolvimento de redes de infraestruturas locais, com vista a proporcionar o abastecimento direto de água às populações, constitui, num sistema de administração

¹⁵⁶ Apesar do Regime Jurídico das Autarquias Locais afirmar a competência da freguesia para o abastecimento público – já era assim no art. 14.º, n.º1, al. b), do regime anterior, aprovado pela Lei n.º 159/99, de 14 de setembro –, o art. 78.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, determina que os municípios devem assegurar a progressiva extinção das situações de prestação do serviço de águas e resíduos por freguesias ou associações de utilizadores num prazo máximo de cinco anos a partir da entrada em vigor desse decreto-lei.

¹⁵⁷ Com possibilidade de subconcessão a entidades integralmente privadas, nos termos do art. 1.º, n.º6, da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, com a redação dada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho.

¹⁵⁸ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas...*cit., p. 41.

¹⁵⁹ Designação introduzida no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 29 de outubro.

descentralizada como o nosso, vinculado ao princípio da *aproximação* dos serviços às populações (art. 267.º, n.º2 da CRP), uma razão fundante para conferir a atribuição desta matéria aos entes locais¹⁶⁰.

A atividade da *produção e distribuição* de água para consumo humano envolve obras infraestruturais de grande dimensão, operações de financiamento complexo e de montante avultado, e além disso, a necessidade de cumprir com exigentes padrões de saúde e qualidade ambiental. Daí que estejamos perante uma matéria que, tendo uma dimensão local – o que se consubstancia logo na ligação domiciliária dos serviços de água –, assume igualmente uma projeção nacional, dada a importância supralocal dos interesses envolvidos na captação, tratamento e distribuição de água que precede a sua chegada às habitações¹⁶¹. Em virtude desta interceção de interesses, a administração desta matéria exige uma concertação entre órgãos a nível local e a nível supramunicipal ou estadual, que tem uma tradução institucional na existência de sistemas controlados pelo Estado (sistemas multimunicipais)¹⁶².

2. Perspetiva material – os serviços de água como serviços de interesse económico geral

Vimos anteriormente os serviços públicos de água numa perspetiva subjetiva e organizativa, analisando os princípios constitucionais que norteiam a sua organização. Passamos agora a abordar esses serviços à luz de uma perspetiva objetiva de serviço público.

Os serviços públicos de águas são *serviços públicos de natureza económica e social* (FREITAS DO AMARAL¹⁶³), outrora também designados de *serviços de carácter industrial*

¹⁶⁰ Neste sentido, cfr. FERNANDA MAÇÃS, *Serviços...*cit., p. 522.

¹⁶¹ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas...*cit., p. 40.

¹⁶² Voltaremos a este tema quando tratarmos do modelo de integração parcial (*infra*, **Parte II, Capítulo II**).

¹⁶³ O Autor refere que os serviços públicos podem organizar-se em *serviços públicos de carácter administrativo*, que se referem às funções soberanas do Estado (justiça, segurança, defesa nacional, diplomacia, etc.) e os *serviços públicos de natureza económico e social*, que visam a satisfação de necessidades coletivas individuais de cariz *económico* (abastecimento público de água, saneamento,

e comercial (MARCELLO CAETANO¹⁶⁴), visando a satisfação de necessidades coletivas individuais de cariz *económico e social*, iei., associados à realização de direitos sociais.

Face à sua relação com a evolução do modelo de Estado-coletividade, os *serviços públicos de natureza económica e social* estão no centro da evolução do conceito de serviço público, desde a sua origem, no período do Estado Liberal, até aos nossos dias. Atualmente, fruto da sua modelação pelo Direito Europeu, o conceito de serviço público traduz uma política económica determinada à abertura dos serviços públicos à livre concorrência do mercado, por um lado; e à sujeição a obrigações de serviços públicos, por outro.

2.1. Enquadramento. A evolução do conceito material de serviço público

O conceito de serviço público, criado na jurisprudência administrativa francesa de final do século XIX, e que constituiu o fundamento e a finalidade de toda a atuação da Administração Pública do período do Estado Liberal¹⁶⁵, assentava originalmente em três critérios, (i) o critério *objetivo* ou *material*, incidindo sobre a *atividade* do serviço; (ii) o critério *subjetivo* ou *orgânico*, incidindo sobre a entidade prestadora do serviço; (iii) o critério da *sujeição a um regime de direito administrativo*, incidindo sobre o direito que regia a relação do serviço com os particulares. O primeiro critério defendia que o serviço público implicava uma atividade que prosseguisse o *interesse público*, através da satisfação de necessidades dos cidadãos¹⁶⁶, considerando que uma determinada atividade constitui um serviço público em virtude de uma ligação funcional entre a

gestão de resíduos urbanos, transportes coletivos, eletricidade, gás, telecomunicações, etc.) ou *social* (segurança social, saúde, educação, etc.) (cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. I, pp. 794-795).

¹⁶⁴ O Autor distinguia entre serviços públicos de carácter administrativo e serviços públicos de carácter industrial ou comercial, incluindo nestes as atividades que se destinavam à satisfação das necessidades coletivas, como a distribuição de água (cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.^a ed., vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, p. 1069).

¹⁶⁵ Cfr. PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, pp. 21-22 .

¹⁶⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 33.

atividade desenvolvida e a prossecução do interesse público¹⁶⁷. O segundo critério pressupunha que o serviço fosse exercido por uma entidade pública, que dessa forma estaria encarregada de prosseguir as atribuições postas a cargo da pessoa coletiva em que o serviço público integra¹⁶⁸; podendo ser exercido de forma direta, através dos seus próprios serviços ou de entes instrumentais, ou de forma indireta, através de técnica concessória¹⁶⁹. O terceiro critério, autonomizado com base na jurisprudência *Blanco*¹⁷⁰, designado como critério da *sujeição a um regime de direito administrativo*, postulava a sujeição dos utentes dos serviços aos poderes especiais destes (poderes regulamentares, sancionatórios), derivados de normas de direito administrativo¹⁷¹.

O aumento de serviços de natureza económica e social prestados pela Administração no período do Estado Social, colocou em causa a assimilação entre o regime de direito administrativo e o serviço público¹⁷². Estes serviços, continuando a ser de titularidade pública, relacionavam-se com os utilizadores numa relação jurídica de direito privado, fazendo cair a relação entre o carácter jurídico do serviço público e a tutela da posição do utente pelo direito administrativo¹⁷³. Nesse sentido, enquanto que nos serviços tradicionalmente *administrativos* continuava a aplicar-se a doutrina tradicional da jurisprudência *Blanco*, nos novos *serviços económicos e sociais* aplicam-se normas de Direito privado, regendo nomeadamente a relação contratual com os utilizadores,

¹⁶⁷ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 68.

¹⁶⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*cit., vol. I, p. 799.

¹⁶⁹ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *A concessão...*cit., p. 30.

¹⁷⁰ Sobre este acórdão e a teoria do serviço público v. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 10-11).

¹⁷¹ Cfr. RUI MACHETE, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrakes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, pp. 1011-1012.

¹⁷² Cfr. RUI MACHETE, *A evolução...*, cit., p. 1012. V., igualmente, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verdes são também os direitos do homem: publicismo, privatismo e associativismo no direito do ambiente*, in *SI – Colloquia - Sep. BFD - Portugal-Brasil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 129 e ss.

¹⁷³ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas...*cit., p. 71.

mesmo que também manifestassem poderes *administrativos* na cobrança de tarifas ou no poder de expropriar¹⁷⁴.

Com a entrada no Estado Pós-Social, assistiu-se a uma liberalização dos setores outrora controlados pelo Estado (v.g., energia, telecomunicações, transportes públicos), que foram objeto de privatização. Mas, ao contrário do paradigma da economia de mercado do liberalismo oitocentista, o facto daqueles setores passarem a ser controlados por entidades privadas, não implicou o regresso ao paradigma do *laissez-faire* ou à *desintervenção* do Estado. Sucede que o *dirigismo estatal* da economia cedeu a um incremento da função reguladora do Estado, que respeita e (até) incentiva a economia de mercado, ao mesmo tempo regulando-a e organizando-a em nome do interesse coletivo, e que intervém para corrigir as crises de funcionamento do mercado (regulação económica) e garantir a realização de interesses sociais (regulação social)¹⁷⁵.

Com este novo modelo de Estado, que reserva para a Administração uma função de *garante e reguladora* dos serviços, surge também uma nova teoria de serviço público, que sendo desenvolvida no seio das instituições europeias, vai beber a sua inspiração nas teorias da regulação das *public utilities* do direito norte-americano. Tal como se encontra previsto neste ordenamento jurídico, o conceito de serviço público assenta num critério *objetivo* ou *material*, pelo que independentemente da forma jurídica que reveste a entidade que presta o serviço – ou, por outras palavras, independentemente da sua natureza pública ou privada – ele está sujeito a obrigações de serviço público, de acordo com um princípio de neutralidade. A este propósito fala-se numa *laicização* (ROBERT KOVAR) do conceito de serviço público, que faz assentar a teoria do serviço público em dois eixos centrais, um que se caracteriza pela integração do serviço no mercado livre; o

¹⁷⁴ Cfr. RUI MACHETE, *A evolução...*cit., p. 1012.

¹⁷⁵ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito Administrativo da Regulação*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano (no centenário do seu nascimento)*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 539; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado...*cit., p. 87.

outro, que prevê a sujeição de tais serviços respeitarem um conjunto de obrigações de serviço público, independentemente da sua forma jurídica, para proteção dos utentes¹⁷⁶.

De acordo com estes *eixos*, os serviços de água são subsumíveis no conceito de *serviços de interesse económico geral* (SIEG), encontrando-se igualmente sujeitos às obrigações de serviço público, sob controlo de um regulador.

A figura dos *serviços de interesse económico geral* (SIEG), foi consagrada no art. 86.º do Tratado de Roma¹⁷⁷, num capítulo dirigido à regulamentação do direito da concorrência, e relativamente ao qual a jurisprudência europeia foi subsumindo os serviços públicos de natureza económica tradicionais dos diversos Estados-membros¹⁷⁸ (fornecimento de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, serviços de rádio e de televisão, fornecimento de água, fornecimento de gás, transportes coletivos). Numa decisão da Comissão, conhecida como *Navewa-Anseau*, foi considerado que as entidades públicas de provisão e distribuição de água constituíam SIEG, sendo empresas visadas pelo *atual* art. 106.º, n.º2, do TFUE¹⁷⁹.

Em 2003 a Comissão apresentou o Livro verde sobre serviços de interesse geral¹⁸⁰, passando a utilizar este conceito, que não consta dos tratados, para abranger os serviços que, estando sujeitos a obrigações de serviço público, não devem ser submetidos às regras de concorrência (v.g. saúde, educação, alojamento social).

Por sua vez, na legislação interna atual, o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, no respetivo art. 3.º, estabelece que a exploração dos serviços de água municipais constitui um serviço de interesse geral. Curiosamente, o legislador optou pela consagração da

¹⁷⁶ Cfr. RUI MACHETE, *A evolução...* cit., p. 1014.

¹⁷⁷ Depois da aprovação do Tratado de Lisboa, esta disposição encontra-se no art. 106.º, n.º2, do TFUE.

¹⁷⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Serviço Público e Direito Comunitário*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 643-644.

¹⁷⁹ Decisão n.º 82/371, da Comissão, de 17 de dezembro de 1981, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31983D0667>, consultada em 01-02-2017.

¹⁸⁰ COM (2003) 0270 final, de 21 de maio, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52003DC0270>, consultada em 01-02-2017.

expressão de *serviço de interesse geral*, por ventura para sublinhar a ideia de *serviço universal*, em detrimento da ideia económica *liberalizante* subjacente aos SIEG¹⁸¹.

Ao contrário do que sucede com os setores de *utilities* que não constituem monopólios naturais, a União Europeia não preconiza a privatização do setor da água, em virtude do mesmo constituir um monopólio natural. Isso mesmo decorre do disposto no art. 106.º, n.º2, do TFUE, como veremos de seguida.

2.2. O setor da água face à política de liberalização sobre os SIEG

Lê-se no art. 106.º, n.º2, que as empresas que gerem *serviços de interesse económico geral* ou que tenham a natureza de *monopólio* (...) se encontram «(...) submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.» Da interpretação desta disposição, podem inferir-se três regras¹⁸²: i) a *primeira*, que constitui a *regra geral*, indica que todas as empresas estão submetidas às regras do tratado, que significa dizer, todas as empresas devem se submeter à *livre concorrência*, mesmo aquelas que são prestadoras de um serviço de interesse geral; ii) a *exceção da primeira*, dispõe que às mesmas empresas que prestam SIEG não se aplicarão as regras de concorrência, se tais regras se constituírem obstáculos ao cumprimento da sua missão de interesse geral; iii) a *exceção da segunda*, pretende ressaltar que não se pode excepcionar a aplicação das regras concorrenciais, se isso violar os interesses da comunidade no que se refere às trocas comerciais.

¹⁸¹ Ao contrário da redação adotada no art. 55.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro (Regime Jurídico Setor Público Empresarial), que se refere aos princípios orientadores da prestação de serviço público ou *serviço de interesse económico geral*.

¹⁸² Cfr., neste sentido, EDUARDO MAIA CADETE, *Concorrência...*cit., p. 99; FAUSTO DE QUADROS, *Serviço Público...*cit., p. 650.

Com base nesta disposição, enquanto que noutros setores a União Europeia entende que os mesmos devem ser sujeitos ao jogo das livres forças do mercado (v.g. telecomunicações, energia), sendo as mesmas subsumíveis à regra (i) do art. 106.º, n.º2, do TFUE, no caso dos monopólios naturais, a União preconiza que a sua atuação em regime de exclusividade é necessária para assegurar a viabilidade económica da atividade desses setores, admitindo consequentemente que exista apenas uma única empresa a prestar o serviço, o que se reconduz à regra (ii) daquela disposição do Tratado. Não se trata, contudo, de uma exceção plena à *livre concorrência* nos setores de monopólio natural, em virtude da regra (iii), que abre uma *janela* à participação do mercado nesses setores. Não sendo possível que a titularidade do serviço seja objeto de liberalização, por assentar numa rede única, a União defende, todavia, que a prestação do serviço pode ser efetuada por mais do que um agente económico¹⁸³⁻¹⁸⁴, fazendo com que, nessa situação, a Administração continue a ser o titular da rede pública e instalações que permitem a prestação (podendo até assumir o dever de assegurar a respetiva existência, manutenção e conservação), mas possibilitando a uma entidade concessionária exercer a exploração do serviço. Desta forma, a submissão destes setores ao funcionamento do mercado reflete-se apenas sobre o acesso à atividade. Fala-se a esse propósito no princípio do *common carrier* ou *third party access*, entendida como a liberalização das redes públicas, que podem ser abertas para exploração a todos os prestadores de serviços (*open network provision*), à semelhança das *public utilities* do direito norte-americano¹⁸⁵.

Sem prejuízo, relativamente ao setor da água em particular, verifica-se que o mesmo tem merecido um tratamento especial por parte dos órgãos europeus, no sentido da sua proteção como atividade de responsabilidade pública, respaldando assim a tradição da Europa continental de provisão destes serviços como responsabilidade pública.

¹⁸³ É considerado uma referência neste entendimento o decidido Ac. do TJUE de 19 de maio de 1993 – Processo Penal contra Paul Corbeau, proc. n.º C-320/91, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CJ0320:FR:HTML>, consultada em 01-02-2017.

¹⁸⁴ Cfr. EDUARDO MAIA CADETE, *Concorrência...*cit., p. 106.

¹⁸⁵ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *A concessão...*cit., p. 15.

O Livro Verde sobre os Serviços de Interesse Geral refere os serviços de água como *serviços* inseridos no domínio dos serviços de interesse *económico* geral, que devem obter um tratamento diferente face às demais indústrias de rede, no sentido de permitir a continuidade de exploração por um operador público verticalmente, com direito de *exclusivo*¹⁸⁶.

Por sua vez, na Comunicação da Comissão sobre a iniciativa de cidadania europeia *A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!*¹⁸⁷, a Comissão veio afirmar que as regras do mercado interno da União respeitam plenamente a competência das autoridades públicas para a definição dos modelos de gestão dos serviços de água, que pode ser pública ou privada¹⁸⁸.

O mesmo documento vem confirmar que a legislação em matéria de contratos públicos não se aplica «(...) aos casos em que as autoridades locais decidam prestar elas próprias os serviços, através de uma empresa comum ou por intermédio de uma empresa associada.»¹⁸⁹. A afirmação da Comunicação atesta o facto de a Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (Diretiva Concessões), excluir da respetiva aplicação os serviços de água. Neste sentido, o Considerando n.º 40 desta Diretiva refere que as concessões do setor da água *exigem especial consideração dada a importância da água como bem público, de valor essencial* para os cidadãos, e que, em

¹⁸⁶ Cons. 30, ponto 70 (1).

¹⁸⁷ COM (2014) 177 final, de 19 de março, disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-177-PT-F1-1.Pdf>, consultada em 01-02-2017.

¹⁸⁸ Lê-se nessa Comunicação que as entidades públicas devem dispor de «*inteira liberdade*» para prestar por si próprias as tarefas relacionadas com o abastecimento público de água ou conferi-las a entidades distintas, que podem ser *públicas* ou *internas*, aludindo dessa forma às formas de gestão delegada em empresas do setor público. Por sua vez, lê-se também que quando as entidades públicas decidam atribuir a gestão dos serviços de água a entidades privadas ou mistas, têm «*todo o direito de impor obrigações claras aos operadores privados*», com o objetivo de garantir que os serviços exercidos na sua zona geográfica cumprem com as normas estabelecidas (cfr. Comunicação da Comissão COM (2014) 177 final, p. 5)

¹⁸⁹ COM (2014) 177 final, de 19 de março, disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-177-PT-F1-1.Pdf>, consultada em 01-02-2017, pp. 9-10.

face das características do setor da água, este deve ser excluído do âmbito de aplicação da Diretiva Concessões.

No ordenamento jurídico português, as infraestruturas de rede de água são propriedade pública, consagrando a Lei da Água o princípio da exploração e da gestão públicas da água, aplicável aos sistemas multimunicipais de abastecimento público de água (art. 3.º, n.º1, al. b). Trata-se de uma redação dada pela Lei n.º 44/2017, de 19 de junho, que estabelece o princípio da não privatização do setor da água. Apesar da extensão com que se apresenta redigido este princípio na Lei da Água – abrangendo a *exploração* e *gestão* –, o legislador não impede a gestão dos serviços de água em regime de concessão por entidades privadas, quer se trate de sistemas multimunicipais, quer municipais, permitindo adoção de formas de *privatização funcional*.

No que concerne aos sistemas municipais, o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, consagra um princípio de exclusividade territorial do serviço prestado por cada sistema municipal (4.º, n.º1), sendo por conseguinte atribuição do Município enquanto entidade titular das redes o exercício da faculdade de o gerir por si próprio em gestão direta ou *régie*, ou de escolher uma terceira entidade gestora (art. 7.º, n.º1), que pode ser uma entidade do setor empresarial municipal (art. 7.º, n.º1, al. c)) ou uma entidade privada, através de concessão do serviço (art. 7.º, n.º1, al. d)). *Mutatis mutandis*, no caso dos sistemas multimunicipais, que são criados por decreto-lei, nos termos do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, contém-se no art. 6.º, n.º1, da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, a previsão de que estes podem ser explorados em regime de subconcessão total ou parcialmente, a empresas cujo capital seja maioritária ou integralmente subscrito por entidades do setor privado, mediante autorização do concedente (empresa do Grupo AdP, detida pelo Estado e um conjunto de municípios).

2.3. A sujeição dos serviços de água às obrigações de serviço público e à regulação independente

Ao desenvolver o conceito de serviço de interesse económico geral, a União Europeia reconheceu que a lógica das entidades privadas e a prossecução do lucro económico que lhe é inerente, pode revelar-se inapta à satisfação das necessidades sociais da comunidade, em condições de igualdade¹⁹⁰.

Esta conceção retira-se do próprio tratamento dos SIEG nas fontes de direito primário da União, onde se alude, por um lado, ao papel dos serviços públicos na concretização de direitos sociais (i) e, por outro lado, à vinculação destes aos princípios de serviço público (ii). Assim, nos termos do art. 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada solenemente em 2000, são *serviços de interesse económico geral* os serviços que exercem uma atividade associada à realização de direitos sociais, indispensáveis à realização da *vivência social* de todos os cidadãos, cuja atividade deve sujeitar-se às obrigações de serviço público, assentes nos princípios da *continuidade*, da *solidariedade* e da *igualdade de acesso e de tratamento* de todos os utentes¹⁹¹; o art. 14.º do TFUE reconhece a posição que estes serviços «(...) ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial (...)», defendendo que a União e os Estados-membros devem funcionar de acordo com princípios dirigidos a cumprir com a sua missão de interesse público.

Na legislação interna, o art. 5.º do já citado Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, consagra entre os princípios gerais a que deve obedecer a gestão do serviço público de água¹⁹², os princípios da universalidade (a)), qualidade (b)), transparência (c)) e eficiência (e)). Já a justificação preambular do diploma refere estes mesmos princípios e também o da «(...) equidade dos tarifários aplicados», fórmula que não passou para o

¹⁹⁰ JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado...* cit., p. 122.

¹⁹¹ Baseando-se nas clássicas Leis de Rolland, existe um elenco de obrigações de serviço público, elaborada pela Comissão Europeia, constando da COM (96) 443, de 11 de setembro, disponível em <http://aei.pitt.edu/6281/>, consultada em 01-02-2017. Esta foi atualizada pela COM (2000) 580, de 20 de setembro, disponível em <http://aei.pitt.edu/45890/>, consultada em 01-02-2017.

¹⁹² Tratam-se de obrigações que vinculam todas as entidades gestoras, independentemente do modelo de gestão (cfr. CARLOS BOTELHO MONIZ/ EDUARDO MAIA CADETE, *Água e Saneamento*, in CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL (ed.), *Os Serviços de Interesse Económico Geral (estudos sectoriais)*, CES, Lisboa, 2006, pp. 29-30, embora pronunciando-se sobre a redação do art. 20.º do revogado Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro).

articulado do regime, mas que se pode extrair também do princípio da universalidade¹⁹³⁻
¹⁹⁴.

Atendendo ao escopo conformador dos princípios de serviço público, aqui analisado na perspetiva da garantia de acesso à água potável enquanto obrigação dos serviços, cabe-nos destacar a importância do princípio da *universalidade*. Por um lado, este princípio constitui em si mesmo a definição de um *conteúdo mínimo* de prestação por parte dos serviços – e nesse sentido postula que o acesso à água deve encontrar-se acessível a todos os utentes¹⁹⁵. Por outro lado, *universalidade* significa também *igualdade*, que releva aqui como *igualdade de acesso* ou *igualdade de oportunidades*, enquanto garantia de uma vida com *dignidade* e *saúde*, objetivo em que os serviços de água desempenham um papel preponderante. Neste sentido, a obrigação de garantir a *universalidade* do acesso à água em condições de *igualdade*, vem determinar a obrigação de *disponibilizar* o recurso água a todos os cidadãos, independentemente da sua situação geográfica e condição socioeconómica, a um preço acessível.

A vinculação da atividade do abastecimento público de água aos princípios de serviço público e, especialmente, ao princípio da *universalidade*, nos termos expostos, dão-nos a perspetiva de que os serviços de água desempenham também um papel de «*equilibrador social*»¹⁹⁶ que os Estados e a Administração de forma transversal estão obrigados a promover.

O papel de fiscalização do cumprimento das obrigações de serviço público cabe à ERSAR, entidade reguladora independente que tem por missão a regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento

¹⁹³ Cfr. RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 28; MARIA DO ROSÁRIO ANJOS, *Por uma protecção jurídica efectiva dos direitos dos cidadãos a serviços públicos essenciais*, in JOÃO REIS/ LEAL AMADO/ LIBERAL FERNANDES/ REGINA REDINHA (org.), *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 30.

¹⁹⁴ Também na Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Lei dos Serviços Públicos Essenciais), se encontra prevista a sujeição da atividade do *fornecimento de água* às regras de proteção dos utentes aí consagradas (art. 1.º, n.º2, al. a)) e que são coincidentes com as que se preveem no Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

¹⁹⁵ Cfr. RENATO BRIGANTI, *Il Diritto al Acqua: tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2012, p. 120.

¹⁹⁶ Cfr. RENATO BRIGANTI, *Il Diritto...*cit., p. 116.

de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, incluindo a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano (art. 1.º, n.º2, da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprova os Estatutos da ERSAR)¹⁹⁷. A sua missão de assegurar o cumprimento dos princípios de serviço público por parte das entidades gestoras ressalta das atribuições genéricas, onde se inclui a de promover «*o aumento da eficiência e da eficácia*» da prestação dos serviços, «*considerando a proteção dos direitos e interesses dos utilizadores*».

Para alcançar a proteção dos direitos e interesses dos utilizadores, a ERSAR dispõe de atribuições de regulação comportamental (art. 5.º, n.º4) – entre as quais, a de promover a melhoria da *qualidade* e *universalidade* do abastecimento de água para consumo humano (al. b)); regular a *qualidade* do serviço prestado aos utilizadores pelas entidades gestoras, avaliando o seu desempenho (al. c)); assegurar a salvaguarda dos direitos e interesses dos utilizadores em relação a *tarifas* (al. e)). Nesta matéria (de tarifas), a ERSAR aprova regulamentos tarifários com os quais se devem conformar os sistemas municipais de água¹⁹⁸.

A tendência para o fortalecimento da regulação independente, com o inerente papel de fiscalização do cumprimento das obrigações de serviço público, é igualmente uma tendência do legislador europeu, que vem acompanhando o processo de *liberalização controlada*¹⁹⁹ pretendida para os serviços públicos²⁰⁰. Contudo, ao contrário de outras indústrias de rede, em que o legislador europeu impôs a exigência da criação de

¹⁹⁷ A ERSAR sucedeu ao extinto IRAR (criado pelo Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de agosto), nos termos do Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de outubro e tornou-se numa autoridade reguladora independente com a aprovação da Lei n.º 10/2014, de 6 de março.

¹⁹⁸ V. *infra*, **Parte II, Capítulo II.1**.

¹⁹⁹ Cfr. COM (2014) 177 final, cons. 5.

²⁰⁰ Nesse sentido, o Livro Verde sobre os Serviços de Interesse Geral menciona estas entidades como entidades com um importante papel na garantia da prestação de serviços de interesse geral, por um lado, ajudando a criar *condições para uma concorrência leal* e, por outro, a *garantir níveis adequados de protecção do consumidor* (cfr. COM (2014) 177 final, cons. 3, p. 34).

autoridades reguladoras independente, definindo-lhe um regime regulamentar geral, tal não sucedeu no setor da água²⁰¹.

Cabe notar, todavia, que a criação de autoridades reguladoras independentes com poderes de regulamentação comportamental sobre os serviços de água, constitui uma tendência generalizada no espaço europeu, tal como sucede no nosso ordenamento.

²⁰¹ Cfr. COM (2014) 177 final, cons. 38.

PARTE II – MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS

Depois de termos abordado os pressupostos valorativos que conformam o serviço público de águas, importa agora analisar agora os modelos de organização dos serviços de águas no nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, e como nos propusemos, caberá traçar o esquema de organização dos serviços de águas, analisando o quadro de atribuições e competências das entidades administrativas que têm responsabilidades diretas ou conexas com a administração dos serviços de abastecimento público de água (o Estado, o município e a entidade reguladora do setor).

De acordo com a *integração vertical* como marca de continuidade na evolução do esquema de organização dos serviços, que identificámos na Introdução desta dissertação, identificamos três modelos de organização, sobre os quais assentará a exposição subsequente – o modelo não integrado (*infra*, **cap. I**); o modelo de integração parcial (*infra*, **cap. II**); o modelo de integração total (*infra*, **cap. III**).

A exposição adota uma componente histórica para um melhor entendimento dos modelos vigentes, enquanto resultado da evolução da organização do Estado e da repartição vertical de atribuições e das relações interadministrativas.

Capítulo I – Modelo não integrado

1. Características e evolução

O modelo não integrado corresponde aos serviços em que os municípios exercem de forma exclusiva o serviço de abastecimento de águas, i.e. abrangendo toda a fileira compreendida no serviço, desde a captação de água no meio hídrico (*alta*) à ligação dos serviços aos domicílios (*baixa*). É, por conseguinte, o modelo que vigora em nos municípios que não se encontram servidos por sistemas multimunicipais de abastecimento de águas.

1.1. Âmbito da atribuição municipal sobre os serviços de água – da construção de redes à municipalização do abastecimento público

A competência dos municípios na gestão dos serviços públicos de água remonta à Constituição de 1822, que prescrevia um conjunto de *competências de fomento*²⁰² das câmaras municipais, para levar a cabo o governo económico e municipal dos concelhos. Estas competências incluíam a promoção da saúde pública e a realização das obras particulares dos concelhos e dos reparos das públicas (art. 123.º).

A partir da segunda metade do século XIX, a infraestruturação dos conglomerados urbanos com redes de abastecimento de água foi defendida como um pressuposto essencial da promoção da higiene urbana e da saúde pública²⁰³. Os códigos administrativos – desde o primeiro, aprovado em 1836 – vieram consagrar responsabilidade pela construção e manutenção das infraestruturas necessárias aos serviços de água, consagrando-a como uma atribuição dos municípios, ainda que coubesse ao Governo a orientação técnica e planificação das obras que os municípios deveriam realizar²⁰⁴. Esta dualidade de competências foi mantida ao longo dos sucessivos códigos.

A oscilação entre centralização e descentralização administrativa que marcou o período da codificação liberal²⁰⁵, refletiu-se na possibilidade de desenvolvimento das infraestruturas de água, determinando a existência de períodos maior e menor autonomia das corporações locais na sua construção. No Código Administrativo de 1886²⁰⁶, traduzindo uma política de contenção da despesa pública²⁰⁷, estabelecia-se a

²⁰² Cfr. JORGE MIRANDA, *Direito da Economia*, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1983, p. 123.

²⁰³ Cfr. JOÃO HOWELL PATO, *História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal*, série Estudos 2, Lisboa, ERSAR, pp. 25-30; IDEM, *Políticas públicas da água em Portugal: do paradigma hidráulico à modernidade tardia*, in AS, 206, XLVIII (1.º), ICS, Lisboa, 2013, p. 58 e ss.

²⁰⁴ Cfr. JOÃO HOWELL PATO, *História...cit.*, p. 31.

²⁰⁵ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. I, p. 173.

²⁰⁶ Aprovado pelo Decreto de 17 de julho de 1886.

competência das câmaras municipais para deliberar sobre a construção e conservação de fontes, esgotos e aquedutos; porém, se essas obras fossem orçamentadas em valor superior a um montante definido no Código, as deliberações que as aprovavam teriam caráter provisório (117.º-118.º), tornando-se definitivas se não fosse exercido o veto do Governador Civil ou da Junta Geral do Distrito (121.º).

O período subsequente à aprovação da Constituição de 1911 não revestiu nenhuma particularidade inovadora face à Administração e à sua organização²⁰⁸. No entanto, deve salientar-se o facto de ter sido aprovado, o Decreto n.º 5787, de 10 de Maio de 1911, também designada como a primeira Lei da Água, onde se consagrava um princípio de utilização gratuita da água de fontes e reservatórios públicos, para consumo humano e fins domésticos²⁰⁹. O mesmo diploma também regulou de forma mais desenvolvida o regime das concessões de serviços de águas para abastecimento público, estabelecendo a obrigatoriedade da sua remuneração através de tarifas²¹⁰.

Ao longo do período liberal, a exploração da atividade de abastecimento público de água, através de redes construídas pelas autarquias locais, era feito por entidades concessionárias privadas, o que explicará a ausência de regras sobre a exploração dos serviços nos códigos administrativos. As infraestruturas criadas pelas autarquias locais eram atribuídas em regime de concessão a entidades privadas, encarregues contratualmente de explorar essas infraestruturas e prestar o serviço de abastecimento às populações, contra a prestação de uma tarifa. Foi o que sucedeu nos municípios que beneficiaram da construção de infraestruturas de abastecimento de água ao longo da segunda metade do século XIX e primeiros anos do século XX²¹¹.

²⁰⁷ Cfr. MARCELLO CAETANO, *A codificação administrativa em Portugal: um século de experiência – 1836-1935*, Imprensa, Lisboa, 1935, p. 56.

²⁰⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...cit.*, vol. I, p. 123.

²⁰⁹ Nos termos do art. 6.º todos os cidadãos teriam direito a utilizar as águas das fontes, poços e reservatórios públicos, sem prejuízo das prescrições dos regulamentos e posturas municipais.

²¹⁰ Nos termos do art. 58.º impunha-se, entre outras, cláusulas obrigatórias sobre a previsão tarifas para os utilizadores finais e a possibilidade de resgate de concessão pelo município, mediante uma indemnização ao concessionário.

²¹¹ A primeira concessão foi celebrada para o Município de Lisboa à CAL (1857), seguindo-se Coimbra (1872), Porto (1873), Figueira da Foz (1887), Setúbal (1889), Viseu (1897), Faro (1899), Matosinhos

A exploração de serviços económicos pelos próprios municípios só se efetivou no século XX, sob a vigência da Constituição de 1933. Os serviços de água foram tratados de forma mais desenvolvida no novo Código Administrativo (1936), que desenvolveu substancialmente as atribuições e competências de salubridade pública.

1.2. Idem; o município como entidade gestora do serviço de abastecimento público de água no Código Administrativo de 1936-1940

O Código Administrativo de 1936 (revisto em 1940) prosseguiu a senda de regulação das atribuições da administração local dos códigos anteriores, mas passou a prever a assunção pelos municípios da gestão de um conjunto de serviços públicos em regime de gestão direta, sem a intervenção de uma pessoa jurídica autónoma, ou seja, sem recurso à concessão a entidades privadas para a prestação do serviço. O novo Código refletia a ideia francesa do socialismo municipal, que se traduzia numa *municipalização* de determinados setores, operada através do resgate de concessões em diversos setores (luz, água, transportes), que passavam do regime de concessão à *régie*²¹².

De acordo com o novo paradigma de *dirigismo local*, o Código Administrativo de 1936 veio prever, depois da revisão de 1940²¹³, no respetivo art. 164.º, a *municipalização dos serviços públicos*, isto é da possibilidade de criação originária de *serviços públicos de interesse local explorados sob forma industrial por conta e risco dos municípios*, cuja gestão ficará a cargo dos municípios, podendo dispor de autonomia administrativa e financeira, mas sem personalidade jurídica²¹⁴.

Em consonância com a assunção de responsabilidades de gestão pelos municípios, relativamente aos serviços de água prevê-se que além da responsabilidade pela

(1901), Santarém (1903), Chaves (1903), Abrantes (1907) e Cascais (1908) (cfr. JOÃO HOWELL PATO, *História...*cit., p. 33).

²¹² Cfr. MICHEL PRIEUR, *Les entreprises publiques locales*, Berger-Levrault, Paris, 1969, pp. 17-18; PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Concessão...*cit., p. 32.

²¹³ Pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de dezembro de 1940, que republicou o Código de 1936.

²¹⁴ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Nacionalizações e privatizações*, CEF, Lisboa, 1988, pp. 127-128.

construção e manutenção das redes locais, também se previa a responsabilidade pela respetiva exploração e pela prestação da tarefa do abastecimento público de água²¹⁵. O Código estabelecia que era atribuição dos municípios o *abastecimento público* e a *salubridade pública* (art. 44.º), classificando-os como «*serviços públicos de interesse local*» (art. 164.º). Às câmaras municipais competiam várias tarefas relacionadas com o abastecimento público – *deliberar sobre «a captação de águas potáveis»* e a «*construção [e] conservação (...) de fontes, reservatórios, aquedutos e condutas*», bem como a «*construção e conservação de redes de distribuição de distribuição pública de água para consumo domiciliário*» (art. 168.º) – e de *salubridade pública* – *deliberar sobre a «proteção da água potável destinada ao consumo público»* e «*obras de saneamento*» nas povoações (art. 49.º, §1.º, §2.º e §14.º).

Os serviços municipalizados compreendiam a gestão integral do abastecimento de água, (tendo como objeto a captação, condução e distribuição de água potável) eram serviços explorados «*sob a forma industrial por conta e risco dos municípios*», sendo a sua criação objeto de um complexo procedimento deliberativo, que passava pela autorização do Governo, subsequente à aprovação do Conselho Municipal (arts. 51.º e 164.º, §1.º). Esta forma de organização, embora não implicasse a personificação do serviço, que continuava integrado na pessoa coletiva município, previa a gestão por um conselho de administração privativo e em regime de autonomia administrativa e financeira, traduzindo uma opção de «*integração diferenciada*» própria dos *serviços municipalizados*²¹⁶. A revisão de 1940 passou a enquadrar também no Código Administrativo a exploração do serviço de águas em regime de concessão, mediante aprovação das câmaras municipais (art. 51.º, §26.º).

²¹⁵ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas...cit.*, p. 47; VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...cit.*, p. 29.

²¹⁶ Esta ideia era defendida por Marcello Caetano que afirmava que «*a natureza do serviço público exige que se separe o seu património e se estabeleçam regras privativas para a sua gestão, desconcentrando-a e originando uma integração diferenciada*» (cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...cit.*, p. 1071); cfr., igualmente, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. I, p. 596.

1.3. **Idem; confirmação da atribuição municipal como consequência do princípio da descentralização após a Constituição de 1976**

No período posterior à aprovação da Constituição, em 1976, manteve-se, do ponto de vista estrutural, o modelo anterior de organização administrativa dos serviços de água, o que condizia com o caráter estruturante do princípio da descentralização e com o reconhecimento do poder local na Lei Fundamental²¹⁷.

Uma vez que se mantiveram em vigor as disposições do Código Administrativo de 1936-1940 que regulavam as atribuições dos municípios²¹⁸, as leis editadas posteriormente à aprovação da Constituição de 1976, incidindo sobre a transferência de atribuições por via legal, vieram dar cobertura à definição feita CA (art. 45.º)²¹⁹. Foi o caso da Lei n.º 79/77, de 25 de outubro, que aprovou o regime jurídico das atribuições e competências das autarquias locais, estabelecia como domínio de atribuição local o «*abastecimento público*» (art. 2.º, al. c)), seguindo-se a Lei n.º 77/84, de 8 de março, que estabelecia o regime da delimitação e da coordenação das atuações da administração central e local em matéria de investimentos públicos, e estabelecia ser da competência dos municípios a realização os investimentos públicos no domínio dos «*sistemas municipais de abastecimento de água*» (art. 8.º, al. b)). Por sua vez, na Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, que estabeleceu o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, revogando a legislação anterior²²⁰, o legislador concretizou e reforçou a competência dos municípios sobre os serviços de água²²¹, ao estabelecer que era da competência dos seus órgãos «*o planeamento, a gestão de equipamentos e a realização de investimentos*» no domínio dos «*sistemas municipais de abastecimento de água*» (art. 26.º, al. a)).

²¹⁷ Cfr. VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...cit.*, p. 28; RUI MEDEIROS, *Raízes...cit.*, p. 81.

²¹⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, p. 777.

²¹⁹ Sobre o reconhecimento da vigência de atribuições do Código Administrativo de 1936-1940, v. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A determinação...cit.*, p. 479.

²²⁰ Nos termos do respetivo art. 34.º revogou o Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de março e demais legislação que contrariasse o disposto na nova lei.

²²¹ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *Serviços...cit.*, p. 512.

1.4. Âmbito estadual – papel planificador e auxiliador dos municípios

A responsabilidade exclusiva dos municípios sobre a atividade de abastecimento público de água no modelo de não integração, coexistiu sempre com o papel do Estado, ao longo dos sucessivos códigos administrativos.

Sendo a gestão de exclusividade municipal, o Estado intervinha como planificador e financiador dos serviços, de forma a obviar às limitações financeiras das autarquias locais na prossecução das respetivas atribuições.

Sob a vigência dos códigos administrativos de 1886 e 1895, fruto de uma *visão urbana*, que dominava a política de desenvolvimento do país e, por conseguinte, definia as prioridades da sua infraestruturação, o financiamento estatal às autarquias locais distinguia-se consoante se tratasse de municípios *urbanos* ou municípios *rurais*, priorizando o financiamento dos municípios urbanos²²².

Na fase final do século XIX o Governo assumiu paralelamente um papel de regulador do setor da água²²³, ao criar em 1899 a Junta Central dos Melhoramentos Sanitários²²⁴, integrada no quadro orgânico do Ministério das Obras Publicas, Comércio e Indústria²²⁵.

No Código Administrativo de 1936-1940, apesar das responsabilidades das autarquias locais, previa-se igualmente que as mesmas fossem exercidas com o apoio financeiro do poder central, prevendo o art. 51.º, como competência das câmaras municipais, a requisição da *comparticipação financeira do Estado para a realização de (...) obras de águas e saneamento* (§32.º).

De resto, no período do Estado Novo, o papel das entidades estaduais no setor da água intensificou-se com um conjunto de leis avulsas nessa matéria. Entre estas, destaca-se o

²²² Cfr. JOÃO HOWELL PATO, *História...*cit., p. 37.

²²³ ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas...*cit., p. 47.

²²⁴ Através do Decreto de 28 de dezembro de 1899.

²²⁵ O legislador conferiu a esta Junta a competência para estabelecer as normas e requisitos a que deveriam obedecer as habitações e construções, em matéria sanitária, incluindo sobre abastecimento de águas (art. 1.º, §1.º).

Decreto-Lei n.º 29216, de 6 de dezembro de 1938, através do qual o Governo determinou a obrigação dos municípios operarem a ligação dos domicílios à rede de distribuição de águas (art. 1.º), bem como a faturação de um consumo mínimo mensal de água a todos os munícipes (art. 2.º); posteriormente, o Plano de Abastecimento de Águas às Sedes dos Concelhos²²⁶, e o Plano de Abastecimento de Águas às Populações Rurais²²⁷.

Já no período do Estado de Direito Democrático, a Lei n.º 1/79, de 2 de janeiro de 1979 (Lei das Finanças Locais) veio consagrar o princípio da autonomia financeira das autarquias locais, e excluir a possibilidade de subsídio ou comparticipação financeira por parte do Estado, ou de outras entidades da esfera estadual, a favor dos municípios. Desse modo, a transferência de verbas do Orçamento do Estado para as autarquias locais passou a ser regulada através do regime de participação dos municípios nas receitas fiscais.

Como a aprovação deste regime prejudicava a execução de novos investimentos relativamente ao processo de infraestruturação das redes, o Decreto-Lei n.º 384/87, de 24 de dezembro, veio consagrar, como exceção àquele princípio de autonomia financeira, a possibilidade de celebração de contratos-programa de natureza setorial e plurissectorial, no âmbito da cooperação técnica e financeira entre a administração central e um ou mais municípios, associações de municípios ou empresas concessionárias destes²²⁸. A atividade de abastecimento público de água era abrangida, ainda que de forma limitada, abrangendo a atividade de captação, adução e armazenagem de água (correspondente à parte atualmente designada como *alta*), e excluindo a parte da distribuição domiciliária (*baixa*) (art. 3.º, al. a)). Esta poderia, no entanto, ser incluída nos acordos de colaboração, igualmente previstos no Decreto-Lei

²²⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33863 de 15 de agosto de 1944.

²²⁷ Aprovado pela Lei n.º 2103 de 22 de março de 1960. Este diploma previa, de acordo com uma lógica de *economias de escala*, que o Governo impulsionasse o abastecimento de água às populações rurais do continente e que fossem abrangidos o maior número de povoações rurais e aglomerados urbanos, de modo a obterem-se os benefícios dos abastecimentos em conjunto (Base n.º 1 e Base n.º 3, §1.º).

²²⁸ Cfr. ANTÓNIO LUCIANO DE SOUSA FRANCO, *Finanças do sector público: introdução aos subsectores institucionais*, AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 540 e ss.

n.º 384/87, de 24 de dezembro, e que consistiam em acordos celebrados *entre municípios e departamentos da administração central para a realização de empreendimentos de natureza setorial* que não se revestissem da *complexidade, custo e duração* que justificassem a celebração de um contrato-programa (art. 17.º).

O objeto destes contratos consistia no auxílio do Estado às autarquias locais, em termos financeiros e materiais, sem que estas deixassem de exercer as competências que possuíam e sem que se previsse alguma forma de atuação conjunta ou coordenação de competências²²⁹. Só com a reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, que alterou a Lei n.º 46/77, de 8 de julho (Lei de Delimitação de Setores), foi alterado o quadro de atribuições e competências entre Estado e município na matéria do abastecimento de água, como veremos em seguida.

²²⁹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *As formas contratuais de cooperação entra a Administração Central e a Administração Local*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 439-440.

Capítulo II – Modelo de integração parcial

1. Características e evolução

O modelo misto corresponde ao modelo de partilha de atribuições entre Estado e municípios sobre a administração e gestão dos serviços. É o modelo criado com o Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, que veio alterar a Lei de Delimitação de Setores, e igualmente, também do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, que derogou as disposições do Código Administrativo sobre os serviços de água. Trata-se, por conseguinte, do modelo atualmente em vigor em todos os municípios abrangidos por sistemas multimunicipais de abastecimento de águas²³⁰.

1.1. Atribuição parcial do Estado no domínio do abastecimento de água

No contexto das políticas ambientais para o setor da água e face à necessidade de continuar o processo de infraestruturação para cumprir com as obrigações decorrentes das diretivas europeias em matéria de água para consumo humano²³¹, o Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, levou a um processo de reestruturação do setor, com o objetivo de aproveitar de forma eficiente os recursos financeiros existentes, através de meios de gestão mais flexíveis, bem como melhor a acessibilidade, a eficiência e a qualidade dos serviços²³².

O novo modelo veio consagrar a possibilidade genérica de o Estado intervir de forma contínua na administração dos serviços de água, através da criação dos *sistemas multimunicipais*, geridos de forma empresarial, através da respetiva concessão a favor de empresas de titularidade e controlo estadual. Ao mesmo tempo, de acordo com a estratégia de empresarialização para o setor, foi consagrada a possibilidade de

²³⁰ De acordo com a informação do relatório *Água e Saneamento. O mercado e os preços – 2016*, da APDA, estes sistemas abrangiam, no ano de 2016, 292 dos 308 municípios existentes em Portugal continental (APDA, *Água e Saneamento. O mercado e os preços – 2016*, Lisboa, 2016, pp. 18-20).

²³¹ Sobre este aspeto nas diretivas da água, cfr. JOANA PEREIRA MENDES, *Direito...cit.*, pp. 14-15.

²³² VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA, *Concessão...cit.*, p. 55.

participação do setor privado, ainda que de formas distintas, nos sistemas multimunicipais e nos sistemas municipais. Nos primeiros passou a ser admitida a participação minoritária de capitais privados, e nos segundos a concessão a entidades privadas²³³.

Este modelo institucional foi concebido através da aprovação do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, que alterou a Lei n.º 46/77, de 8 de julho (Lei de Delimitação de Setores). Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, veio definir o regime jurídico dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição e água.

Nos termos do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, o Estado pode criar *sistemas multimunicipais*, que, de acordo com a definição legal, são sistemas que servem pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional:

«consideram-se, respectivamente, sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, e sistemas municipais todos os demais, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios» (art. único, n.º2).

A alteração à Lei de Delimitação de Setores e a possibilidade de criar sistemas multimunicipais, bem como de concessionar a sua gestão a uma terceira entidade, faz com que se reconheça implicitamente ao Estado a titularidade de uma atribuição sobre o serviço de abastecimento público de água²³⁴.

²³³ A Lei de Delimitação de Setores incluía então no regime de *vedação absoluta*, o acesso à iniciativa privada à atividade de *captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, através de redes fixas*, impedindo qualquer forma de envolvimento do setor privado neste setor (cfr. SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A delimitação de sectores na jurisprudência da Comissão e do Tribunal Constitucional: uma perspectiva financeira*, in Sep. RFDUL, vol. n.º 34, FDUL, Lisboa, 1993, p. 282).

²³⁴ Este poder será subsumível no quadro de competências do Governo em matéria administrativa, previstos no art. 199.º, al. g), da CRP, que confere àquele órgão a competência para *«praticar todos os*

Uma vez criado o sistema, a relação de concessão não se estabelecerá entre o município e o Estado, mas sim entre o Estado e uma entidade do setor empresarial do Estado, na qual o Estado e o município são acionistas. O estabelecimento desta relação só se admite concebendo o Estado como um prévio titular, ou cotitular, da atribuição sobre o abastecimento de água, caso contrário não estaria apto a delegá-la numa entidade concessionária. Neste sentido, veja-se a Base III, n.º 1, do Anexo ao Decreto-Lei n.º do Anexo do Decreto-Lei n.º 319/94, ao dispor que a «(...) *concessionária do serviço público de captação, tratamento e abastecimento de água obriga-se a assegurar o regular, contínuo e eficiente abastecimento de água aos municípios utilizadores (...)*».

Por outro lado, a criação dos sistemas em concreto é realizada por ato legislativo – decreto-lei do Governo²³⁵. Ou seja, embora revista a forma legislativa, é materialmente um ato administrativo que cria os sistemas multimunicipais. A transferência de uma atribuição exigiria uma lei material, neste caso sujeita a reserva relativa da Assembleia da República, por incidir sobre o estatuto das autarquias locais (art. 165.º, n.º1, al. q) da CRP). Desta forma, a criação de um sistema multimunicipal não opera uma transferência de atribuição da esfera municipal para a esfera estadual²³⁶. O Estado, sendo, pelo menos, cotitular de uma atribuição com o município, dispõe sempre de um poder de intervenção, ainda que esse poder esteja limitado, e exija a verificação de razões de interesse nacional, que caberá ao Governo ponderar.

Assim, estaremos perante uma concessão celebrada entre Estado e uma entidade gestora, cuja gestão pode ser controlada pelo Estado ou pelos municípios. Contudo, trata-se de uma concessão com um regime especial.

actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas».

²³⁵ Trata-se de um ato administrativo sob a forma de lei, porque não introduz carácter inovatório, limitando-se a concretizar uma lei geral prévia (o Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho) (v., sobre o tema, DAVID DUARTE, *Lei-medida...*cit., p. 334). Neste sentido estarão sujeitos ao juízo de ilegalidade, nos termos do art. 268.º, n.º4, da CRP, que admite a impugnabilidade de tais *atos sob a forma de lei* à impugnação contenciosa nos tribunais administrativos e à fiscalização da constitucionalidade das leis.

²³⁶ Em sentido contrário, sustentando que a criação de um sistema municipal opera uma transferência de atribuição, GOMES CANOTILHO, *Parecer...*cit., p. 22; FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias Estado/autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in RCP, n.º3, dezembro de 2011, CEDIPRE, Coimbra, 2011, p. 92.

São notas características da qualificação como concessão, desde logo o facto de a sua regulação ser feita por um contrato de *concessão*. É também nota da natureza concessória a natureza precária do sistema, cuja vigência se limita ao prazo máximo de 50 anos, «(...) *nele se incluindo o tempo despendido com a construção das infra-estruturas*» (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho e Base IV do Anexo do Decreto-Lei n.º 319/94).

Além disso, em coerência com o que referimos *supra*, pelo contrato de concessão multimunicipal dá-se uma transferência temporária do exercício dos direitos e poderes do município (concedente) necessários à gestão do serviço para o sistema multimunicipal (cessionário), que assume tal gestão por sua conta e risco, e em exclusivo (Base I e art. n.º2, do Anexo do Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro). Não existe uma transferência de titularidade do serviço, mas sim a transferência da sua gestão, de forma semelhante à concessão de serviços públicos (art. 407.º, n.º2, do CCP). A concessionária do sistema multimunicipal também terá o direito de utilizar o domínio público do Estado para efeitos de implantação e exploração das infraestruturas da concessão, uma vez aprovados os respetivos projetos ou precedendo despacho do Ministro do Ambiente, sem prejuízo da formalização da respetiva cedência nos termos da lei (Base XVII, n.º 1 e n.º 2, do Anexo do Decreto-Lei n.º 319/94) – veja-se também o disposto no art. 419.º, n.º2, do CCP.

Trata-se, no entanto, de uma concessão com um regime particular, no que respeita à formação do contrato. Por um lado, verifica-se que não existe uma voluntariedade da entidade concessionária, esta estará sempre obrigada à contratação. Por outro, ainda relativamente à formação do contrato, verifica-se que face ao teor das bases de concessão, o contrato de concessão de sistema multimunicipal assimila-se a um *contrato de adesão*, funcionando as bases como *cláusulas contratuais gerais*, o que significa que a liberdade de estipulação entre os sujeitos fica reduzida ao mínimo, ou se queda inexistente²³⁷.

²³⁷ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*cit., p. 462.

Pode, assim, concluir-se que estamos perante uma concessão sujeita a reserva de poder estadual, perante a qual existe uma obrigação de contratar pela entidade concessionária – seja ou não controlada por uma maioria de ações detidas pelo Estado, ou por municípios – e uma obrigação de contratar o respetivo fornecimento por parte dos municípios utilizadores²³⁸.

1.2. A limitação da atividade dos sistemas multimunicipais como expressão de salvaguarda da autonomia local

O regime jurídico dos sistemas multimunicipais demonstra que existe uma preocupação em delimitar a forma de intervenção do Estado como administrador de serviços e salvaguardar o abastecimento direto às populações como atribuição municipal. Esta característica encontra-se patente na limitação do âmbito material desses sistemas, bem como nos requisitos exigidos para a sua criação.

Não resultando explícito do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, o âmbito material de atuação dos sistemas multimunicipais²³⁹, o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, veio clarificar que sistemas multimunicipais e municipais atuam numa lógica de «*repartição de tarefas*» na gestão do ciclo urbano da água. Os sistemas multimunicipais deveriam ser considerados os sistemas *em alta*, situando-se «*a montante da distribuição de água*»²⁴⁰ e incluindo as tarefas de «*captação, tratamento e transporte*», por contraposição com a distribuição domiciliária, tarefa a jusante do ciclo urbano da água, assegurado pelos sistemas *em baixa*²⁴¹, para os quais era obrigatória a ligação ao sistema multimunicipal em que estão envolvidos territorialmente (art. 2.º, n.º2).

²³⁸ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 155, nt. 618.

²³⁹ A própria lei de autorização (Lei n.º 58/93, de 6 de agosto) do Decreto-Lei n.º 372/93, limitava-se a autorizar a criação de sistemas multimunicipais, mas sem fazer menção à competência do Governo para criar, por via legislativa, tais sistemas, subtraindo parte das competências dos municípios.

²⁴⁰ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

²⁴¹ Cfr. VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...*cit., p. 16.

A lógica de partilha de tarefas fez com que nas regiões onde fossem criados estes sistemas passaria a caber ao sistema multimunicipal a prestação do serviço em *alta* e ao sistema municipal a prestação do serviço em *baixa*, o que explica que estes fossem considerados os utilizadores dos sistemas multimunicipais. Nesse sentido, o art. 1.º, n.º4, do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro refere: «*São considerados utilizadores (...) os municípios, no caso de sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, no caso de sistemas municipais*». Além disso, o sistema multimunicipal desenvolveria a sua atividade em benefício de vários sistemas municipais, o que significa que caberia àqueles proceder à captação, tratamento e distribuição em favor de um determinado conjunto de municípios, pelo que a atividade dos sistemas multimunicipais é também qualificada como a atividade *grossista* e a dos sistemas municipais a atividade *retalhista*²⁴².

Com a concretização feita do regime no Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro, que aprova o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais, e respetivas bases de concessão, confirmou-se o âmbito limitado de atuação destes sistemas. Este diploma veio estabelecer que os sistemas multimunicipais exercem a sua atividade destinada «*à satisfação da procura nos municípios utilizadores (...), do ponto de vista quantitativos e qualitativos*» (art. 2.º, n.º1, al. a)) e a «*progressiva redução dos custos, através da racionalidade e eficácia (...), desde a captação ao abastecimento das redes municipais*». Finalmente, as bases da concessão multimunicipal, publicadas em anexo do mesmo diploma determina-se que «*Para efeitos das presentes bases, são utilizadores os municípios servidos pelo respetivo sistema multimunicipal*» (Base III, n.º2) e, relativamente, às relações entre a concessionária com os utilizadores, a concessionária obriga-se a fornecer a cada um dos utilizadores, mediante contrato, a água necessária para alimentar «*os respetivos sistemas municipais*» (Base XXVIII, n.º1).

Por outro lado, quer no regime original dos sistemas multimunicipais, constante do Decreto-Lei n.º 372/93, quer no atual art. 1.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de

²⁴² Cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...* cit. p. 70.

julho, é exigido que a criação *ex novo* de sistemas multimunicipais corresponda a um *interesse nacional*²⁴³. Ou seja, embora a fileira reservada para o sistema multimunicipal corresponda a uma atribuição estadual, a intervenção do Estado sujeita-se à demonstração de que existem, de facto, interesses *nacionais* que legitimam essa intervenção²⁴⁴. Tal confirma a ideia de que os sistemas multimunicipais são uma *restrição legítima* ao conteúdo essencial da autonomia local²⁴⁵.

Por sua vez, no que toca ao controlo dos sistemas multimunicipais, o Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, permite que os municípios territorialmente abrangidos por um determinado sistema multimunicipal possam deter uma participação maioritária no capital das empresas concessionários deste sistema (art. 5.º, n.º4), acedendo por essa via ao seu controlo.

Outro indício de salvaguarda da posição dos municípios é a regulação do destino dos bens afetos às concessões multimunicipais, prevendo-se que «(...) *os bens afetos à concessão que não pertençam ao Estado e aos municípios, transferem-se, livres de quaisquer ónus ou encargos e em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem qualquer indemnização a favor do Estado* (...), para os municípios utilizadores do sistema multimunicipal (art. 10.º, n.º2); aqui também mantendo a solução do Decreto-Lei n.º 14/2002, de 26 de janeiro, que veio atenuar o pendor *estadualista* do Decreto-Lei n.º 379/93. Ao contrário do regime original, que estabelecia que os bens revertiam para o Estado no final da concessão, a ideia aqui subjacente é a de que a titularidade originária do serviço, mesmo *em alta*, é do município²⁴⁶.

²⁴³ Assim, na redação dada pelo art. 5.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que revogou expressamente a Lei n.º 46/77, de 8 de julho.

²⁴⁴ Gomes Canotilho acrescenta que tais requisitos obrigam o legislador a justificar a criação de sistemas multimunicipais «(...) *em termos de necessidade, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito* (...)» (cfr. GOMES CANOTILHO, Parecer sobre a constitucionalidade da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprova os Estatutos da ERSAR, e da Lei n.º 12/2014, de 6 de março, que procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, solicitado pela ANMP, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37438>, consultado em 02-04-2017, p. 22).

²⁴⁵ Cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...* cit., pp. 71 e ss.; VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA, *Concessão...* cit., p. 16.

²⁴⁶ Cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...* cit., p. 73.

Finalmente, também a exigência de que o sistema sirva dois ou mais sistemas municipais, é uma manifestação da restrição do papel do Estado. De facto, existindo um município com dificuldades no desempenho da sua atividade de abastecimento público de água²⁴⁷, a lei impede o Estado de assumir tarefas só a favor deste município, dando a ideia de que o requisito da relevância nacional inerente à criação dos sistemas multimunicipais, está pensada para a resolução de problemas comuns a vários municípios e criar sistemas com dimensão suficiente, de modo a permitir o aproveitamento de economias de escala e contribuir para a sustentabilidade do setor a nível nacional.

1.2.1. Exceções ao âmbito limitado dos sistemas multimunicipais

1.2.1.1. O regime de distribuição direta pelo sistema multimunicipal

O quadro legal traçado que prevê uma relação de complementaridade entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais, comporta exceções. A primeira encontra-se prevista no próprio regime jurídico dos sistemas multimunicipais e diz respeito à distribuição direta integrada nestes sistemas. A segunda é o caso do sistema estatal que abastece a população do concelho de Lisboa.

O Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, prevê no seu art. 2.º, n.º4, a relação direta entre utilizador final e o sistema multimunicipal, o que configura um caso de integração vertical total, sem intermédio de sistema municipal. Trata-se, ademais, de uma solução já prevista na mesma disposição do regime anterior (Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro).

A questão que se coloca é que tipo de situações são visadas pelo legislador com esta disposição; se ela configura uma verdadeira permissão de substituição do sistema municipal pelo sistema de titularidade estatal ou se são outras as situações visadas. O

²⁴⁷ Rui Medeiros critica esta limitação pelo facto de o regime impedir a possibilidade de, existindo razões de carência num só sistema municipal (necessidades de investimento ou outras), o Estado estar impedido de criar um sistema que leve a resolver os problemas de um só município (cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...* cit., p. 72).

entendimento que parece prevalecer aqui é o de que apenas são enquadradas nesta exceção um determinado tipo de utilizadores privados, que se caracterizem por grandes necessidades de consumo (v.g. indústria pesada, unidades de produção agrícola de grande dimensão), e não a generalidade dos utilizadores finais, como exerce o sistema em *baixa*²⁴⁸.

Donde, este modelo de gestão direta não permitirá inferir – uma vez mais, por força da garantia institucional da autonomia local das autarquias – a existência de uma permissão para o legislador criar sistemas de titularidade estatal que abranjam a atividade do serviço municipal.

1.2.1.2. O caso particular do sistema de água de Lisboa

O sistema municipal de abastecimento de água público da Grande Lisboa constitui uma situação de exceção face à divisão de sistemas de titularidade estatal e titularidade municipal que caracteriza o modelo em vigor. De acordo com o respetivo estatuto legal, a EPAL²⁴⁹ é a entidade gestora do sistema multimunicipal de água da Grande de Lisboa, à semelhança de qualquer outro sistema de titularidade estatal, e ao mesmo tempo, é a entidade gestora do sistema municipal de abastecimento de água no concelho de Lisboa. Isto significa que a EPAL exerce, por um lado, a função de «*abastecedora grossista*» de um conjunto de sistemas municipais da Grande Lisboa, que depois procedem à distribuição domiciliária de água aos seus utilizadores finais, e, por outro lado, é «*abastecedora direta*» dos munícipes de Lisboa²⁵⁰. Desta forma, ao contrário do que sucede com os demais sistemas de titularidade estatal, a empresa exerce uma dupla função, que consiste no desempenho simultâneo da atividade de gestão de um sistema

²⁴⁸ Cfr., neste sentido, VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...*cit., pp. 49-50.

²⁴⁹ A EPAL – Empresa Pública de Águas Livres, S.A. na sua atual denominação, foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 553-A/74, de 30 de outubro, como empresa pública, após o termo do contrato de concessão do abastecimento de água à cidade de Lisboa, celebrado entre o Estado Português e a CAL – Companhia das Águas de Lisboa, S.A.R.L., que vigorou entre 1868 e 1974 (v., para maior desenvolvimento, LUÍS LEITE PINTO, *História do Abastecimento de Água a Lisboa*, INCM, Lisboa, 1972).

²⁵⁰ VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...*cit., p. 53.

multimunicipal e de um sistema municipal, dado que assume no concelho de Lisboa um papel que nos demais municípios cabe aos sistemas municipais²⁵¹.

A atribuição deste serviço municipal a um sistema estadual é anterior e perdurou após a atribuição da gestão dos serviços de águas aos municípios, com o Código Administrativo de 1940, não se alterando com o modelo introduzido pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro; sequer o capital da entidade gestora contém participação dos municípios.

Coloca-se a questão de saber se a situação do sistema de Lisboa pode admitir, em termos abstratos a possibilidade de um sistema multimunicipal assumir funções típicas de um sistema municipal. Dar uma resposta afirmativa a essa questão implicaria reconhecer implicitamente uma transferência legal da atribuição de captação, tratamento e distribuição de água, em toda a sua dimensão, para a esfera estadual e assim admitir a possibilidade de um sistema de titularidade estatal abranger a ligação aos utilizadores finais²⁵². Parece-nos, no entanto, que face aos dados constitucionais que conformam o setor, não podemos admitir tal possibilidade, pois a atribuição dos municípios na fileira em *baixa* forma parte do núcleo essencial da autonomia local (art. 6.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto). Como tal, a integração vertical do setor, terá de se processar através de uma contratualização e competências entre municípios e o Estado.

²⁵¹ Cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...*cit., p. 79.

²⁵² Em sentido contrário, Rui Medeiros, em coerência com a crítica ao modelo *binário* atualmente existente, parece admitir que esta exceção legitima o legislador a proceder à criação *ope legis* de sistemas totalmente integrados (cfr. RUI MEDEIROS, *Raízes...*cit., p. 79).

Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira negam que o sistema de Lisboa constitua um verdadeiro sistema multimunicipal, referindo que este apenas foi considerado como tal nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 362/98, de novembro, que criou o IRAR, e para efeitos de inclusão no âmbito subjetivo deste (cfr. VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão...*cit., pp. 53-54, e, em especial, nt. 17).

No nosso entender parece-nos que o sistema de Lisboa não é, de facto, um verdadeiro sistema multimunicipal, pela razão principal de não assentar num contrato de concessão, com duração legalmente limitada a 50 anos, como sucede com os *verdadeiros* sistemas multimunicipais (art. 9.º, n.º1); ele constitui um verdadeiro sistema de titularidade estatal, isto é que tem o Estado (AdP) como proprietário, com a particularidade de exercer a função de distribuição *em baixa*. O reconhecimento desta situação particular não significa admitir, pelas razões que expusemos, fundadas na garantia da autonomia local, que o legislador possa aplicar a todo o território a solução em vigor neste sistema, procedendo a uma transferência legal generalizada da titularidade dos serviços, a favor do Estado.

1.3. Protagonismo da entidade reguladora do setor da água em matéria tarifária

Outra característica do modelo de integração parcial reside no papel exercido pela entidade reguladora do setor da água sobre os serviços municipais de água²⁵³.

Nos termos do respetivo estatuto, aprovado pela Lei n.º 10/2014, a ERSAR é uma autoridade reguladora independente, com poderes de regulação estrutural, que incide sobre a organização do setor, e regulamentação comportamental, que inclui a regulação económica, de qualidade do serviço e de qualidade de água para consumo humano. A sua competência abrange o *universo* de todas entidades gestoras, incluindo as geridas em regime de *gestão direta* pelos municípios²⁵⁴.

Os poderes de regulação comportamental em matéria económica traduzem-se no poder de emissão de regulamentos para a definição e poderes sancionatórios sobre os serviços municipais.

Assim, nos termos do atual Estatuto, a pretexto destes poderes (art. 5.º, n.º3), a ERSAR *regulamenta e avalia* a fixação de tarifas nos sistemas municipais (al. b)); *emite recomendações* sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais com o estabelecido no regulamento tarifário e a legislação aplicável, e *sanciona* o seu incumprimento (al. c)); emite *instruções vinculativas* dirigidas aos serviços municipais quando as suas tarifas não se conformem com as disposições legais e regulamentares (*in scilicet* regulamento tarifário) (al. d)). Assim, a competência dos serviços municipais, no estabelecimento de preços para os utilizadores finais, está condicionada pela obediência aos regulamentos tarifários (art. 13.º), que incluem as regras de *definição, fixação, revisão e atualização* das tarifas dos serviços municipais. Caso incorra em incumprimento dos regulamentos tarifários, a entidade reguladora dispõe do poder de fixar, ela própria, as tarifas desse serviço, comunicando-as às entidades gestoras e às

²⁵³ Decidimos abordar a posição da entidade reguladora do setor e os seus poderes em matéria tarifária na abordagem do modelo de integração parcial, dada a associação entre esses poderes e a resolução de *deficits* tarifários dos sistemas municipais para com os sistemas multimunicipais.

²⁵⁴ V. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Regulação das Águas e Resíduos em Portugal*, in BFD, vol. LXXXV, Coimbra, 2009, pp. 577-578.

entidades titulares dos serviços (art. 11.º-B, n.º3, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

Apesar da admissibilidade constitucional da existência de autoridades administrativas independentes, desde a inclusão do art. 267.º, n.º3, CRP, a intensidade dos seus poderes, constitui, no setor da água, um aspeto problemático.

1.5.1. Aspeto problemático da intervenção da entidade reguladora: os poderes de tutela substitutiva sobre as autarquias locais

De forma geral, o aumento de competências das autoridades reguladoras constitui uma tendência generalizada face à necessidade de lidar de forma *independente* com setores sensíveis da vida administrativa, que exigem o cumprimento de obrigações de serviço público²⁵⁵, exigem ao mesmo tempo especiais conhecimentos técnicos²⁵⁶. No setor da água em particular o poder regulamentar da autoridade reguladora é igualmente uma manifestação dessa exigência de especialidade e tecnicidade das tarifas do setor, face ao dever de alcançar uma gradual recuperação de custos, impondo a construção de modelos financeiros complexos, legitimam a adoção destes regulamentos²⁵⁷. De resto, a atribuição de competências enunciadas no Estatuto da ERSAR (art. 5.º, n.º3) reflete ainda o objetivo de resolução dos défices tarifários do setor, face ao problema da não repercussão dos custos do serviço sobre os utilizadores finais.

As questões sobre o estatuto e os poderes das autoridades administrativas independentes não constituem uma novidade na doutrina, sendo objeto de discussão a sua legitimidade

²⁵⁵ V. *supra*, **Parte I, Capítulo III.2**

²⁵⁶ Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Auto-Regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 128; PAULO OTERO, *Legalidade...* cit., p. 324; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Regulação...* cit., p. 578.

²⁵⁷ Neste sentido, o art. 13.º prevê a competência da ERSAR para aprovar regulamentos tarifários, contendo as *regras de definição* dos tarifários de abastecimento público de água (al. a)), obedecendo aos princípios da *recuperação económica e financeira dos custos dos serviços* (i), *promoção da acessibilidade económica dos utilizadores finais* (iii), *promoção da equidade nas estruturas tarifárias* (iv).

democrática²⁵⁸ e o seu estatuto de independência na prossecução do interesse público²⁵⁹. Os regulamentos das autoridades reguladoras constituem regulamentos independentes, cuja legitimidade deriva do próprio reconhecimento constitucional das autoridades administrativas independentes²⁶⁰. Face à inexistência de parâmetros materiais legalmente fixados para tal poder, os seus limites terão de encontrar-se no princípio da legalidade, incluindo a precedência de lei, bem como a impossibilidade de os mesmos disporem de poderes normativos reservados à lei²⁶¹.

Sucedo que a ERSAR dispõe atualmente não apenas do poder de definir, através dos regulamentos tarifários, as regras a que devem obedecer a definição de tarifas pelos municípios, como goza do poder de emitir instruções e de *substituir*²⁶² às entidades gestoras dos sistemas municipais, quando as respetivas tarifas não se conformem com as disposições desses regulamentos.

A principal crítica relativamente à extensão dos poderes da ERSAR é feita por GOMES CANOTILHO, com o argumento de que os mesmos consubstanciam uma forma de *tutela substitutiva* não admitida à luz do disposto no art. 242.º, n.º1, da Constituição, nem ao Governo nem às autoridades reguladoras independentes²⁶³.

²⁵⁸ Neste sentido, Jorge Miranda afirma que *princiologia do Estado de Direito Democrático não permite a substituição generalizada da Administração do Estado por um governo de especialistas, pelo que a administração independente (...) [deverá] ser sempre uma solução especial, devidamente justificada para esferas contadas da Administração* (cfr. JORGE MIRANDA, *Comentário ao art. 199.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, t. II – *Organização económica, Organização do poder político – Arts. 80.º a 201.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 736). Em sentido próximo, cfr. VITAL MOREIRA, *Administração...cit.*, pp. 134-136.

²⁵⁹ Paulo Otero afirma que a proliferação destas *autoridades independentes* torna a Administração *prosecutora mediata* do interesse público nos setores sobre os quais as autoridades exercem a sua função, acarretando o risco de aquela não prosseguir o melhor interesse «*subjacente à maneira ou aos interesses em presença*» no caso concreto (cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...cit.*, pp. 323-324).

²⁶⁰ Admitindo a vinculação das autarquias locais a estes regulamentos, JORGE MIRANDA, *Comentário ao art. 241.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, t. III, p. 497.

²⁶¹ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo Português*, in *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 78.

²⁶² Neste sentido, dispõe o art. 11.º-B, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que em caso de as tarifas não serem *adaptadas nos termos indicados pela entidade reguladora, as mesmas são fixadas* por esta e *comunicadas às entidades gestoras e às entidades titulares dos serviços*.

²⁶³ *Parecer...cit.*, p. 36 e ss. e, em especial, pp. 40-47.

Ora, o poder de fixar as tarifas dos sistemas municipais pode configurar uma forma de *tutela substitutiva*. Mas essa qualificação não é suficiente para lhe negar a conformidade face à Constituição, já que *prima facie*, o que a Constituição obriga é a que os poderes de tutela exercidos pelo Governo se limitem à verificação da legalidade.

Voltando um pouco atrás, o poder de definir tarifas dos serviços de águas pelas autarquias locais seria um corolário do seu poder regulamentar, enquanto *poder* inerente à prossecução das suas próprias atribuições e ao exercício da respetiva competência, aí radicando o *núcleo essencial* de reserva autónoma regulamentar²⁶⁴. Porém, o poder regulamentar das autarquias locais, como uma forma de atuação administrativa, sempre estará sujeita ao princípio da legalidade. Por isso, como decorre expressamente do disposto no art. 241.º da CRP, o seu exercício obedece aos limites da Constituição, da lei, e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar. Para o tema que aqui nos preocupa, importa-nos sobretudo o alcance da última parte da redação do art. 241.º, da CRP, e a sua referência à obediência aos regulamentos das autoridades com poder tutelar. Do seu elemento literal devem considerar-se aqui abrangidos os regulamentos editados pelas entidades administrativas com poderes de tutela²⁶⁵. Contudo, também parece não ser de excluir os regulamentos editados por outras entidades administrativas que não exerçam poderes de tutela, nomeadamente das autoridades reguladoras. Neste sentido, deve defender-se que uma interpretação que considere o atual estado da organização administrativa e das relações entre órgãos estaduais e órgãos autárquicos, deve compreender os

²⁶⁴ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar e reserva de lei*, in BFD, número especial – *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró*, vol. I, Coimbra, 1984, p. 19); JORGE MIRANDA, *Anotação ao art. 241.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, t. III, p. 495). V. ainda, sobre o tema, o Ac. n.º 666/06, de 5 de dezembro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060666.html>, consultado em 07-01-2017).

²⁶⁵ Ou seja, o Governo, que enquanto órgão superior da AP (art. 182.º da CRP) exerce a tutela sobre as autarquias locais (art. 199.º, al. d) da CRP) no continente; os governos regionais sobre as autarquias locais insulares (art. 227.º, n.º1, al. m) da CRP).

regulamentos de tais entidades, face ao papel que as mesmas desempenham na proteção de interesses comuns²⁶⁶.

Como também vimos antes²⁶⁷, nos termos do art. 242.º, n.º2, a tutela administrativa do Governo sobre as autarquias locais limita-se à verificação do cumprimento da lei, o que significa que não é admitido ao Governo averiguar o mérito da atuação dos órgãos autárquicos²⁶⁸. A modalidade de tutela geral é a tutela inspetiva, que consiste na fiscalização da legalidade dos atos praticados pelas autarquias²⁶⁹.

Com efeito, o problema suscitado com os poderes da ERSAR revisita a questão de saber qual o verdadeiro alcance do disposto no art. 242.º, n.º1, da CRP, ao estabelecer que o poder de tutela sobre as autarquias locais se limita à verificação do cumprimento da lei, qual o alcance deste preceito²⁷⁰, e se ele admite ou não formas de tutela substitutiva.

FREITAS DO AMARAL afirma que *verificar o cumprimento da lei*, tal como se prevê no art. 242.º, n.º1, da CRP, é uma tarefa que tanto pode compreender-se na tutela inspetiva como na modalidade de tutela *integrativa*, admitindo como constitucional a sujeição de um ato do município ao parecer do Governo para efeitos de controlo de legalidade. Não admite a tutela substitutiva, à luz da redação atual da Constituição – mesmo que limitada a uma omissão ilegal das autarquias locais – por violação da autonomia local, mas admite a sua validade se a Constituição vier a permiti-la para situações

²⁶⁶ Cfr., neste sentido, JORGE MIRANDA, *Anotação ao art. 241.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição...cit.*, t. III, p. 497).

²⁶⁷ V. *supra*, **Parte I, Capítulo III.1.1**

²⁶⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Anotação ao art. 243.º*, in *Constituição...cit.*, vol. II, p. 897.

²⁶⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. I, pp. 883 e ss.; PEDRO COSTA GONÇALVES, *O novo regime jurídico da tutela administrativa do Estado sobre as Autarquias Locais*, CEFA, 1997, pp. 8 e ss.

²⁷⁰ A posição tradicional limitava a admissão como constitucional da tutela *inspetiva*, remetendo a reparação da ilegalidade detetada para os tribunais. V., sobre o tema, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. I, pp. 887-888; PEDRO COSTA GONÇALVES, *O novo regime...cit.*, pp. 13 e ss.; ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A EDP, os municípios e o Governo. Tutela administrativa – Reserva de jurisdição – Ac. do TC n.º 260/98, P. 418/93, de 5.4.1998*, in ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA (dir.), CJA, n.º 9, maio/junho, CEJUR, Braga, 1998, pp. 22 e ss.

concretamente determinadas²⁷¹. PEDRO COSTA GONÇALVES exclui igualmente a tutela substitutiva, porque representa um risco elevado de a entidade tutelar entrar no domínio da avaliação do mérito²⁷².

Com uma posição diferente, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA entende que o preceito constitucional aqui em questão não deve excluir à partida nenhuma forma de tutela. Sustenta o autor que se deve ler o art. 242.º, n.º1, da seguinte forma: o n.º1 trata do alcance da tutela: *verificação do cumprimento da lei (e não verificação do mérito)* e a segunda parte consagra a competência do legislador para (através de lei da AR ou decreto-lei autorizado, em virtude do art. 165.º, n.º1, al. q) – *estatuto das autarquias locais*), que estabelece o exercício da tutela²⁷³.

Verifica-se assim que, com maior ou menor abertura, a doutrina vai no sentido de aceitar a constitucionalidade de outras modalidades de tutela além da tutela inspetiva, desde que não transgridam o limite de verificação de conformidade com a lei e desde que sejam formas necessárias e adequadas à realização do interesse público.

1.5.1.1. Posição adotada: admissão dos poderes tarifários da ERSAR

Cabe lembrar que a matéria da água constitui um domínio de interpenetração de interesses locais e nacionais, pelo que a definição de tarifas por parte dos municípios, tendo uma relevância local porque os utilizadores, obrigados ao pagamento dessas tarifas, são os cidadãos desse município, possui uma relevância nacional, porque da cobrança dessas tarifas dependerá a boa situação financeira dos sistemas multimunicipais que abastecem aqueles. Além disso, as tarifas, constituem um aspeto central na universalidade do abastecimento público de água, que, enquanto direito fundamental vincula a Administração de forma transversal (Estado e autarquias locais).

Neste sentido, o interesse em evitar a rutura financeira dos serviços é ainda o interesse de assegurar o direito à água. Realizando-se uma cobertura dos custos incorridos pelo

²⁷¹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*cit., vol. I, p. 888.

²⁷² Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *O novo regime...*cit., p. 15.

²⁷³ Cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A EDP...*cit., pp. 22-23.

serviço na sua atividade, em situação de eficiência claro está, está-se ainda a realizar o fim da promoção da continuidade dos serviços e do serviço público de abastecimento público de água está ainda a tutelar um direito fundamental.

Ora, a ERSAR ao fiscalizar o cumprimento dos regulamentos tarifários e ao definir as tarifas em caso de omissão por parte dos serviços municipais estará ainda a atuar em seu benefício dos serviços municipais, ela própria interessada e legalmente responsável pela prestação do serviço perante os particulares.

Admitindo-se que a substituição da ERSAR aos municípios poderá envolver uma forma de tutela substitutiva, na medida em que esta indicará as tarifas que se conformam com o regulamento tarifário previamente aprovado, ela será uma forma pouco intensa, e que, em todo o caso, não constitui uma forma de tutela de mérito.

Cabe atentar também que a atual redação do art. 241.º foi dada pela revisão constitucional de 1982, que substituiu o texto primitivo em que se lia que a *tutela sobre as autarquias locais será exercida segundo as formas e nos casos previstos na lei*» (art. 243.º, n.º1, da CRP 1976), passando a dispor que «a *tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei (...) e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei*». O objetivo desta alteração foi claramente de defesa da *autonomia local*, igualmente defendida na redação do n.º2 do mesmo art. 243.º, ao exigir um parecer da autarquia local quando esteja em causa a aplicação de uma medida tutelar restritiva da autonomia local.

Apoiado na defesa da *autonomia local*, o legislador constituinte visou defender a descentralização administrativa. É à luz da defesa da autonomia local que se entende a restrição das formas de tutela constitucionalmente admissíveis (como vimos *supra*)²⁷⁴. Dada a relação entre a limitação da tutela e a proteção da autonomia local, contestar os

²⁷⁴ É também neste sentido que Gomes Canotilho afirma que no «(...) conceito constitucional de tutela não cabe a tutela substitutiva, pois que tal modo tutelar configura uma intromissão que aniquila o núcleo essencial da autonomia local (...)» (cfr. GOMES CANOTILHO, *Parecer...cit.*, p. 46).

poderes da ERSAR em presença por consubstanciarem uma forma de tutela substitutiva, sem mais, será um entendimento que peca por excessivo concetualismo.

A forma de ver a questão deverá incidir no problema de saber se existe ou não uma violação do núcleo essencial da autonomia local. Em proteção desse núcleo rege a garantia institucional da autonomia local, que defende a manutenção das atribuições anteriormente transferidas pelo legislador a favor das autarquias locais²⁷⁵. Ao emitir instruções vinculativas sobre o cálculo da tarifa, em face de uma omissão ilegal do município, a ERSAR não estará a afetar a atribuição dos municípios aqui em causa, de *gestão dos serviços municipais de abastecimento público de água* (art. 6.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), a ponto de tocar o *núcleo essencial* da autonomia local.

De resto, o poder de definir as tarifas inerente ao poder de *gestão* dos serviços já se encontrava afetado pelo dever de conformidade com os regulamentos previamente aprovados pela ERSAR. O que está em causa agora é a supressão da omissão de um ato ilegítimamente omitido por parte do município, concretamente identificado, e só nesse pressuposto, devidamente tipificado pela lei, se admite os poderes da ERSAR.

Como tal, cremos que a intervenção da ERSAR na definição das tarifas em conformidade com o regulamento tarifário surge como uma consequência natural da verificação da *legalidade*, tal como prevê o disposto no art. 242.º, n.º1. Como *verificação de legalidade* não significa *mera observação* de que existe uma ilegalidade²⁷⁶, o que se deve entender é que a verificação não pode abranger o mérito da atuação; o que está salvaguardado *in casu*, pela identificação dos pressupostos de intervenção da ERSAR.

²⁷⁵ Seguimos o voto de vencido do Sr. Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, no Ac. do TC n.º 260/98, de 5 de março, disponível em <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980260.html>, consultado em 02-06-2017.

²⁷⁶ Cfr., neste sentido, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A EDP...*cit., p. 22.

Finalmente, cabe notar que o procedimento previsto para a intervenção da ERSAR em substituição do município incumpridor assegura o contraditório deste, i.e., garante-se ao município uma oportunidade de se pronunciar perante a iminência da aplicação da *medida* tutelar, como exige a CRP, no respectivo art. 242.º, n.º2. Assim, havendo *indícios* de que a proposta de tarifas do município está em incumprimento com a legislação aplicável, o município prestará *informações justificativas*, nos termos do disposto no art. 11.º-B, al. a), as quais, se não forem aceites como justificadas pela ERSAR, dão origem a uma fase de contraditório. Esta fase supõe um parecer da ERSAR a sustentar porque considera existir incumprimento, sobre o qual o município terá o direito a pronunciar-se «*sobre o incumprimento detetado*», bem como «*sobre os valores que a entidade reguladora considera deverem ser praticados*» (art. 11.º-B, al. b)).

Em última instância, o município poderá reagir contra o ato tutelar, impugnando-o nos tribunais administrativos, nos termos do art. 37.º, n.º1, do CPTA. Assim como, caso não concorde com o regulamento tarifário cuja violação lhe é imputada, poderá lançar mão da ação administrativa com o fim de obter a declaração de ilegalidade das normas regulamentares em apreço, nos termos do art. 72.º, n.º1, al. a), e do art. 73.º, n.º1, ambos do CPTA.

Capítulo III – Modelo de integração total

1.1.A integração vertical dos serviços como fundamento do regime de parcerias

Vimos anteriormente que a prestação do serviço de abastecimento público de água assenta numa divisão das atividades que asseguram o ciclo urbano da água, a que correspondem também entidades administrativas diferentes, o município e o Estado.

Referimos igualmente que os sistemas municipais se caracterizam pela sua fragmentação e atonicidade, traduzido numa elevada heterogeneidade de formas de gestão e de desempenho das entidades gestoras²⁷⁷, e que a existência de sistemas de reduzida dimensão territorial e populacional, e com escassa capacidade técnica e financeira, é apontada como razão para uma maior dificuldade no cumprimento do dever legal de recuperação de custos²⁷⁸.

O que está em causa no modelo de parcerias é a possibilidade de ser instituída, através de uma delegação de poderes e da celebração de um contrato de parceria (art. 7.º, n.º1, al. b), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de agosto, e art. 5.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril), um sistema de gestão em parceria entre municípios e Estado, por força da qual os sistemas municipais passam a ser geridos, ou por uma entidade gestora de um sistema multimunicipal ou por uma entidade que resulte da associação de entidades do sector empresarial do Estado com autarquias, em regime de integração vertical²⁷⁹.

O modelo de integração vertical encontra-se consagrado no Reino Unido, em que as *Regional Water Authorities*, criadas pelo *Water Act* de 1973, desempenham todos os serviços do processo produtivo do abastecimento público de água, desde a captação até à distribuição²⁸⁰. A definição das tarifas para os utilizadores finais encontra-se

²⁷⁷ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas...*cit., p. 85.

²⁷⁸ V. *supra*, Parte I, Capítulo III.1.1.

²⁷⁹ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.

²⁸⁰ Cfr. BERNARD BARRAQUÉ, *As Políticas da Água na Europa*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996, p. 290; RUI CUNHA MARQUES, *A Regulação...*cit., p. 227.

centralizada na entidade reguladora do setor, a OFWAT, que detém a competência exclusiva da definição dos preços da água²⁸¹.

Este modelo encontra-se em vigor em outros países europeus, v.g. nos Países Baixos e na Bélgica. No primeiro, os serviços de água estão centralizados em empresas públicas controladas pelo Estado (*public limited companies*), nas quais os municípios podem ser acionistas, na sequência da Lei da Água Potável, de 1957²⁸². Estas empresas também têm o poder de definir tarifas para os utilizadores finais, sujeitas ao controlo do regulador²⁸³. Também na Bélgica existem serviços geridos de forma integral, coexistindo com serviços de raiz municipal²⁸⁴. Fora do espaço europeu, o Chile tem integração vertical total e as tarifas para os utilizadores finais são definidas pelo Ministro da Economia, sujeitas ao controlo de uma entidade reguladora independente²⁸⁵.

Cabe notar que nos sistemas em que vigora como modelo-regra a integração vertical parcial, i.e., uma separação entre *alta* e *baixa*, à semelhança do modelo português, também existem determinadas competências que se encontram repartidas com órgãos de nível *supralocal*, sobretudo ao nível tarifário. É o caso de Espanha, onde compete às comunidades autónomas autorizar as tarifas pela prestação do serviço, sob proposta da câmara municipal²⁸⁶.

A gestão integrada do sistema de abastecimento público de água surge como uma forma de potenciar as oportunidades existentes de aproveitamento de economias de escala,

²⁸¹ Cfr. RUI CUNHA MARQUES, *A Regulação...*cit., p. 227.

²⁸² Cfr. BERNARD BARRAQUÉ, *As Políticas...*cit., p. 244; RUI CUNHA MARQUES, *A Regulação...*cit., p. 81.

²⁸³ Cfr. RUI CUNHA MARQUES, *A Regulação...*cit., pp. 165-166.

²⁸⁴ Cfr. BERNARD BARRAQUÉ, *As Políticas...*cit., pp. 69-70.

²⁸⁵ Cfr. RUI CUNHA MARQUES, *A Regulação...*cit., p. 108 e p. 110.

²⁸⁶ A título de exemplo, o art. 32.º, n.º1, al. f), da Ley 10/2014, de 27 de novembro (Ley de Aguas y Ríos de Aragón), estabelece que compete aos municípios aprovar as tarifas dos respetivos sistemas municipais de água, sem prejuízo da autorização da Comunidade Autónoma de Aragón. Por sua vez, a competência *autorizativa* das comunidade autónomas encontra-se prevista do art. 107.º, n.º1, do Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprova o *Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*, e em que também se determina a obrigatoriedade de um estudo económico para fundamentar o valor da tarifa com vista à cobertura dos custos (v. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, *El abastecimiento a poblaciones como servicio publico*, in ANTONIO EMBRID IURJO (dir.), *Agua y ciudades*, Thomson, Madrid, 2012, pp. 223-224).

gama e processo, correspondendo também ao dever legal das entidades titulares dos serviços de privilegiar «(...) *a gestão integrada de todo o processo produtivo (...), de forma a maximizar economias de processo através de um maior grau de integração vertical (...)*» (art. 5.º, n.º3, al. c), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto). No mesmo sentido, o modelo é igualmente incentivado na planificação para o setor, encontrando-se consagrado no PensaAR 2020, o objetivo de adotar *soluções organizacionais que conduzam a economias de escala, de gama e de processo, e que potenciem a gestão integrada do ciclo urbano da água*²⁸⁷, e sob este desígnio, a integração territorial de entidades gestoras com *desempenho deficiente* e a articulação dos sistemas em *alta* e em *baixa*²⁸⁸.

Anteriormente, também o PEAASAR II (2007-2013) perspetivava a integração vertical de sistemas, através de um modelo de integração das *altas* nas *baixas*²⁸⁹, que levasse à gestão dos sistemas municipais pelos sistemas multimunicipais. Para alcançar esta forma de gestão era prevista pela primeira vez a institucionalização de um modelo de cooperação entre Estado e municípios na gestão dos serviços municipais, através da constituição de novas empresas em parceria, entre Estado, através da AdP, e os municípios²⁹⁰.

Antes do PEAASAR II, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2004, que aprovava as linhas gerais do modelo de reestruturação do sector das águas em Portugal, estabelecia como objetivo a integração vertical dos sistemas, propondo como medidas a prioridade na afetação de financiamentos e outros incentivos financeiros à constituição e expansão de sistemas de abastecimento de água *em baixa* na área geográfica correspondente à dos sistemas em *alta* (2º, al. c) e que a gestão dos sistemas em baixa poderia ser assumida pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais em zonas de baixa densidade populacional, sob iniciativa dos municípios envolvidos.

²⁸⁷ Cfr. Par. 285, p. 63.

²⁸⁸ Cfr. Par. 301.º, p. 67.

²⁸⁹ Cfr. Ponto 6.7.2, p. 111 e ss.

²⁹⁰ Cfr. Ponto 6.7.2, p. 111.

Em suma, pode concluir-se que o modelo de gestão em parceria é defendido como uma forma de ultrapassar as limitações geradas pelo modelo de repartição de atribuições e competências entre as entidades administrativas responsáveis pela atividade de abastecimento público de água²⁹¹, tendo como fim último a prossecução da eficiência e racionalidade na prestação do serviço de abastecimento público de água.

1.2.O modelo de integração total como fenómeno de contratualização de competências

A constituição de parcerias para a gestão de serviços públicos de água assenta num contrato entre o município e o Estado, através do qual as duas entidades disciplinam o exercício dos seus poderes na gestão do serviço. Este contrato *interadministrativo* tem o seu fundamento legal no princípio da permissibilidade geral de recurso ao contrato e na fungibilidade entre ato e contrato administrativos (art. 278.º do CCP)²⁹², que vale tanto na relação entre a Administração e os particulares, como na relação entre pessoas coletivas públicas²⁹³.

A celebração de contratos entre a Administração Local e o Estado visa prosseguir a realização de fins públicos, tendo subjacente o princípio constitucional de cooperação administrativa, que não tendo consagração expressa ao nível no nosso ordenamento jurídico, pode compreender-se no poder implícito de auto-organização da Administração e na solidariedade entre órgãos²⁹⁴.

²⁹¹ Neste sentido, referindo-se à Administração Pública em geral, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 50.

²⁹² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, t. III – *Contratos Públicos*, 2.ª ed., 2008, pp. 49-50.

²⁹³ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*cit., p. 351.

²⁹⁴ À luz do princípio da cooperação, estes contratos têm tradição em sistemas federais, como o alemão (sendo celebrados, designadamente, entre a Federação (*Bund*) e os estados federados (*Länder*)), fundando-se no princípio constitucional da cooperação (art. 35.º, n.º1 da Constituição alemã (*Grundgesetz*) e do dever de auxílio (*Amtshilfe*) (art. 5.º do *VwVfG*), aplicável a todas as relações entre autoridades administrativas, traduzindo uma ideia de valorização da unidade da ação administrativa (RUI TAVARES LANCEIRO, *O auxílio administrativo*, in CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO

O modelo de contratualização não se confunde com os contratos de auxílio a que fizemos referência, a propósito da cooperação técnica e financeira do Estado com as autarquias sobre os serviços de água, quando abordámos o papel do Estado no modelo de não integração²⁹⁵. Estes contratos não produzem efeitos sobre a forma de exercício das competências dos sujeitos-parte, como sucede no contrato de parceria em análise. Também não se confunde com os contratos em que existe uma coordenação de competências próprias²⁹⁶.

Com efeito, o que distingue o regime de parceria em análise é o facto de, através de um procedimento complexo – ato de delegação de competências e contrato –,

- i) O município permitir ao Estado o exercício da administração de serviços municipais de abastecimento público de água, através de uma delegação de competências do município a favor do Estado, sem abdicar da sua própria competência.
- ii) Estado e município exercerem a administração do serviço municipal em regime de parceria²⁹⁷, o que pressupõe o exercício coordenado das competências de que as partes dispõem (o município como titular originário e o Estado como delegado).

Face à análise que iremos realizar de seguida, importa referir nesta parte introdutória duas as notas características principais sobre os contratos de parceria aqui em análise. Por um lado, o facto de estar vedado a este tipo de contratos transigir sobre o modelo de

SERRÃO (coord.), *Comentários...cit.*, vol. I, 3.^a ed., p. 553). Também em Estados regionalizados como o espanhol os *convenios de colaboración* se encontram regulados pela lei (art. 6.º da LRJPAC), fundando-se no princípio da cooperação (art. 55.º da LBRL), aplicável às relações entre a Administração estadual, comunidades autónomas e autarquias locais (cfr. ANTONIO FANLO LORAS, *Fundamentos...cit.*, p. 500).

²⁹⁵ Cfr. **Cap. I.1.4.**

²⁹⁶ Sobre estes tipos contratuais, v. ALEXANDRA LEITÃO, *As formas...cit.*, p. 440.

²⁹⁷ Deve esclarecer-se que apesar do uso da designação de *parceria*, o modelo de gestão em parceria (tal como os demais contratos celebrados entre as autarquias locais e o Estado), não se subsume nem se confunde com a figura da parceria *público-pública*, disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Parcerias Público-Públicas*, in EDUARDO PAZ FERREIRA/ NUNO CUNHA RODRIGUES (coord.), *Novas fronteiras da contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014).

organização administrativa no que respeita à repartição e titularidade de atribuições e competências²⁹⁸, e, bem assim, a proibição do contrato alterar o modelo de organização dos serviços de água; por outro lado, o facto de o contrato de parceria estabelecer uma relação de colaboração, que não comporta uma relação de subordinação de nenhum dos sujeitos-parte (Estado e municípios), cabendo a ambas exercer poderes de direção e fiscalização sob a entidade gestora.

Iremos analisar, de seguida, os aspetos principais do regime jurídico do modelo de gestão em parceria.

2. O regime jurídico do modelo de gestão em parceria

2.1. Modalidades de parcerias e procedimento de formação

De acordo com o art. 2.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril²⁹⁹, existem três formas através das quais pode ser realizada a parceria entre o município e o Estado para a exploração e gestão dos serviços municipais de água:

- *Entidade do sector empresarial do Estado em que participem municípios ou com associações de municípios (al. a));*
- *Entidade do sector empresarial local em que participem entidades do sector empresarial do Estado (al. b));*
- *Entidade do sector empresarial do Estado legalmente habilitada para o exercício de actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos (al. c)).*

²⁹⁸ Cfr. ANTONIO FANLO LORAS, *Fundamentos...cit.*, p. 499; ENOCH ALBERTI ROVERA, *Los Convenios entre Estado y las Comunidades Autónomas*, in ADCP, n.º2, Asamblea Regional de Murcia – Universidad de Murcia, 1990, p. 87.

²⁹⁹ Doravante, as disposições citadas sem menção quanto à fonte pertencem ao Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.

Da leitura deste preceito verifica-se que apenas nas situações em que a gestão é exercida por uma entidade gestora integrada no setor empresarial do Estado – modalidades contempladas nas als. a) e c) –, a exploração em regime de parceria exige um ato prévio de delegação das competências do município a favor do Estado. Ou seja, trata-se das situações em que i) o município delega as competências de gestão do respetivo sistema de abastecimento de água e este subdelega tais competências numa entidade criada *ex novo*, integrada no setor empresarial do Estado (al. a)); ii) o município delega as respetivas competências no Estado e este *subdelega* num sistema multimunicipal, determinando-se em seguida o *alargamento* do âmbito da *concessão* já existente (al b), conjugada com o disposto no art. 2.º, n.º4), fazendo com que o sistema multimunicipal deixará de ser apenas fornecedor do sistema municipal e passe a ser também responsável pela prestação do serviço de distribuição às populações³⁰⁰.

Posteriormente ao ato de delegação do município, a parceria é instituída através de dois instrumentos contratuais, que são o *contrato de parceria* e o *contrato de gestão* (art. 5.º)³⁰¹.

Para o contrato de parceria, que é celebrado entre o Estado, representado pelo membro do Governo responsável pela área do ambiente, e o Município, enquanto titular do serviço, o regime determina que o mesmo deve identificar os riscos cujos efeitos permanecem da responsabilidade dos respetivos outorgantes e estabelecer as bases do contrato de gestão (art. 5.º, n.º2). Mas há outras matérias que deverão ser abrangidas pelo contrato, dado que os mesmos estão ausentes do regime legal, designadamente a

³⁰⁰ Neste caso, é aditado ao contrato de fornecimento existente entre a entidade gestora do sistema multimunicipal e o município um anexo que regule as condições da parceria (art. 2.º, n.º5).

³⁰¹ Os contratos atualmente em vigor são: i) Contrato celebrado em 2009 entre o Estado Português e a Associação de Municípios para a Gestão da Água Pública do Alentejo, que criou o Sistema Público Integrado de Águas do Alentejo (que inclui o Sistema Integrado de Abastecimento de Água e no Sistema Integrado de Águas Residuais). Este Sistema tem como entidade gestora a Águas Públicas do Alentejo, S.A. (Grupo AdP), de que são acionistas a AdP - Águas de Portugal, SGPS, S.A., e a AMGAP - Associação de Municípios para a Gestão da Água Pública do Alentejo. O Sistema compreende a gestão integrada de 21 municípios; ii) Contrato celebrado em 2011 entre o Estado Português e os municípios de Águeda, Albergaria-a-Velha, Aveiro, Estarreja, Ílhavo, Murtosa, Oliveira do Bairro, Sever do Vouga e Vagos. Este Sistema tem como entidade gestora a Águas da Região de Aveiro, S.A. (Grupo AdP), de que são acionistas a AdP, SGPS, S.A. e os referidos municípios.

integração no sistema das infraestruturas e os equipamentos existentes no território do município indispensáveis à atividade do sistema; no âmbito desse compromisso estabelece-se também o direito dos municípios a auferir uma contrapartida pecuniária, a pagar pela entidade gestora da parceria, como retribuição pelos benefícios gerados com a afetação das referidas infraestruturas e equipamentos³⁰².

O contrato de gestão, celebrado entre o Estado, os municípios e a entidade gestora, já existente ou entretanto criada, identifica os objetivos que vinculam a atuação da entidade gestora, com base em indicadores de cobertura, de qualidade de serviço, desempenho ambiental, produtividade e eficiência de gestão, bem como metas temporais para alcançar as principais iniciativas de carácter estratégico (art. 5.º, n.º3).

O procedimento de constituição da parceria obriga à realização prévia de estudos técnicos de viabilidade económica e financeira, com o âmbito definido na Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho (*ex vi* art. 4.º, n.º3), que devem demonstrar as vantagens que fundamentam a opção por este modelo de gestão. Quer o Estado quer as autarquias locais elaborarão seus respetivos estudos, que deverão evidenciar as vantagens para o interesse nacional e para o interesse local decorrentes da integração dos sistemas (art. 4.º, n.º1).

2.1.1. Procedimento de formação

2.1.1.1. Procedimento interno

2.1.1.2. O ato prévio de delegação de competências como delegação intersubjetiva atípica e instrumental do contrato de parceria

De acordo com o regime aqui em análise, a delegação de poderes do município a favor do Estado é o ato que permite a este praticar atos de administração dos serviços municipais.

³⁰² Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias...* cit., pp. 87-88.

Em primeiro lugar, o ato de *delegação* das competências de gestão do município a favor do Estado tem o Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, como *lei habilitante*, legitimando o município a proceder à delegação, tal como preconiza o art. 44.º, n.º1, do CPA. Caberá à Assembleia Municipal a aprovação do ato de delegação, mediante proposta da Câmara Municipal (art. 33.º, n.º1, al. m)), nos termos do disposto no art. 25.º, n.º1, alínea k), do Regime Jurídico das Autarquias Locais.

Esta delegação tem como ato correspondente o despacho do membro do Governo responsável pela área do ambiente, previsto para a constituição da parceria por parte do Estado (art. 4.º, n.º5).

Importa analisar os seguintes aspetos deste regime:

- 1) A delegação de poderes do município a favor do Estado constitui uma delegação *intersubjetiva*, na medida em que é realizada entre duas pessoas coletivas distintas, mas que, no regime em apreço, não se reconduz ao fenómeno de descentralização que caracteriza a generalidade dos casos de delegação de poderes intersubjetiva. Esta delegação constitui por si só – e sem prejuízo do que vier a ser estabelecido por via contratual –, i) a centralização da gestão do serviço numa entidade do setor empresarial do Estado; ii) a permissão ao Estado para o exercício de poderes de direção sobre um serviço de que o município é titular, alterando o figurino constitucional das relações entre Estado e municípios, por princípio limitada à tutela de legalidade (art. 199.º, d) da CRP).
- 2) O regime jurídico desta relação de delegação encontra-se dependente da disciplina que, contratualmente, vier a ser estabelecida pelas partes relativamente ao exercício das respetivas competências, e não sujeitas ao regime do CPA.
- 3) A relação entre o Estado e a entidade gestora (sistema multimunicipal ou entidade do setor empresarial do Estado) é independente da relação de delegação estabelecida entre município e Estado, ainda que limitada pelo contrato de parceria e de gestão, do qual também será parte a entidade gestora.

São estes os tópicos que pretendemos desenvolver em seguida.

2.1.1.3. Admissibilidade da delegação de competências entre município e Estado

A delegação de competências prevista no art. 2.º, n.º6, primeira parte, é uma delegação intersubjetiva – realizada entre município e Estado – incidindo sobre as competências de *exploração e gestão de sistemas municipais* de águas, que constitui uma atribuição dos municípios, nos termos do art. 6.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

A delegação intersubjetiva encontra-se expressamente prevista no CPA, em que se prevê que «os *órgãos administrativos normalmente competentes para decidir em determinada matéria podem (...) permitir, através de um ato de delegação de poderes, que (...) outro órgão de diferente pessoa coletiva pratique atos administrativos sobre a mesma matéria*», o que permite que a delegação de poderes diga respeito também a órgãos de pessoas coletivas diversas (art. 44.º, n.º1).

Por princípio, a delegação de poderes consubstancia uma forma de desconcentração de poderes, tendo como objetivo a desburocratização e a aproximação das populações, tendo sempre em vista as metas do dever de boa administração e eficiência administrativa³⁰³, e de remediar o problema da sobrecarga de atribuições numa determinada pessoa coletiva³⁰⁴.

No presente caso, igualmente por razões de eficiência³⁰⁵, o ato de delegação previsto no regime jurídico do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril (art. 2.º, n.º6 e n.º7) envolve um movimento de sentido inverso, já que as competências inerentes àquela atribuição passam de um nível descentralizado (município), para um nível centralizado (Estado).

Ora, como referimos *supra*, a Constituição estabelece, no respetivo art. 242.º, n.º 1, que a «(...) *tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do*

³⁰³ Cfr. PAULO OTERO, *O poder...*cit., vol. II, p. 423.

³⁰⁴ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Da delegação de poderes em direito administrativo*, in MARCELLO CAETANO (dir.), OD, ano 92, n.º3, Lisboa, 1960, p. 226.

³⁰⁵ Recorde-se o disposto no art. 5.º, n.º3, al. c), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, ao estabelecer que os serviços de água têm o dever de adotar uma organização que vise «*a gestão integrada de todo o processo produtivo (...) de forma a maximizar economias de processo através de um maior grau de integração vertical.*»

cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos (...)», o que exclui a admissibilidade de intervenções dos órgãos superiores destinadas a controlar o mérito, a conveniência ou a oportunidade da atuação dos órgãos das autarquias locais, quando estas atuam na prossecução dos seus interesses próprios.

Com a delegação de competências aqui em análise, será inevitável aceitar uma alteração da configuração das relações intersubjetivas entre Governo e órgãos das autarquias locais, como relações de mera tutela administrativa. Apesar da falta de clareza do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, relativamente às competências dos sujeitos-parte no contrato, aponta naquele sentido o art. 6.º, n.º3, ao admitir que o Estado possa exercer poderes de «(...) *direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora* (...)»; entidade gestora esta que apesar de ser integrada no setor empresarial do Estado terá como objeto a gestão do serviço municipal de águas.

A questão que aqui se coloca é a de saber se é admissível uma delegação de poderes com este objeto.

ALEXANDRA LEITÃO³⁰⁶ e PAULO OTERO³⁰⁷ pronunciam-se contra as formas de delegação de competências que impliquem a alteração dos limites da tutela administrativa sobre as autarquias locais. De acordo com esta posição, nem às autarquias será lícito aceitar essa ingerência da Administração central, nem ao Estado será lícito renunciar às competências que dispõe sobre as autarquias locais, pois tal implicará sempre uma derrogação dos princípios constitucionais da organização administrativa³⁰⁸.

³⁰⁶ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., pp. 164-165.

³⁰⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Principales tendencias del Derecho de la organización administrativa en Portugal*, in DA, n.º 257-258, maio/ dezembro, 2000, disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5530>, consultado em 07-07-2017, p. 30.

³⁰⁸ Com a mesma posição, na doutrina estrangeira, cfr. JEAN-MARIE PONTIER, *L'Etat et les collectivités locales: la repartition des competences*, LGDJ, Paris, 1978, p. 545; JOSÉ MARIA RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *Los convénios...*cit., p. 259-260, limita os contratos de delegação de competências às entidades que tenham uma posição de *supremacia* face à outra.

Com uma perspectiva diferente, ANDRÉ FOLQUE³⁰⁹, pronunciando-se sobre as delegações intersubjetivas entre Estado e municípios, entende ser admissível a realização pelo município de tarefas estaduais que impliquem poderes de direção pelo Estado sobre o município, por razões de eficiência administrativa (art. 267, n.º2), desde que tais poderes assentam numa base de voluntariedade do município, e garanta o respeito pelo conteúdo essencial da autonomia local. Em sentido próximo, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA³¹⁰ refere que os contratos que envolvem uma delegação de competências do Estado a favor de municípios não comportam uma violação da autonomia local, desde que a sua celebração seja livre.

Na doutrina espanhola, se bem interpretamos, seguem a mesma posição ANTONIO FANLO LORAS³¹¹ e ENOCH ALBERTI ROVERA³¹², ao afirmarem que os contratos celebrados entre entidades administrativas podem levar à mutação da *forma de exercício* de competências.

Quanto a nós – sem prejuízo das considerações que iremos fazer sobre os termos concretos do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril –, parece-nos que é admissível uma delegação de competências dos municípios a favor do Estado, tal como prevista no art. 2.º, n.º6, por três razões.

Primum, a delegação não leva a uma alteração do quadro legal de competências, pelo que em rigor não haverá uma alteração do modelo de organização administrativa, o que só sucederia se a delegação de competências implicasse uma alteração da respetiva titularidade, o que não pode suceder.

Secundum, esta delegação constitui, por princípio, um ato voluntário e ao praticá-la o município está a atuar ao abrigo de um dever legal de escolha da forma de gestão territorialmente mais adequada e orientada para o aproveitamento de economias de

³⁰⁹ Cfr. ANDRÉ FOLQUE, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios (condicionalismos constitucionais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 144.

³¹⁰ Cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito...*cit., p. 241.

³¹¹ Cfr. ANTONIO FANLO LORAS, *Fundamentos...*cit., p. 499.

³¹² Cfr. ENOCH ALBERTI ROVERA, *Los Convenios...*cit., p. 87.

processo – com fundamento constitucional: uma permissão genérica de auto-organização (art. 6.º, n.º1, art. 266.º e art. 267.º, da CRP) e de prossecução de objetivos de eficiência e racionalidade administrativa (art. 267.º, n.º2, da CRP).

Tertium, ao proceder à regulação das competências das partes através de contrato, as partes irão dispor, numa relação de igualdade, sobre a forma de exercício dos respetivos poderes, sendo fulcral que, no exercício da sua liberdade de estipulação, as partes procedam também à negociação das cláusulas contratuais em condições de igualdade e de paridade.

2.1.1.4. Idem; inaplicabilidade do regime de delegação de competências do CPA e necessidade de regulação contratual

Após admitirmos a delegação intersubjetiva entre os municípios e o Estado, cabe tecer algumas considerações sobre o regime que disciplina esta relação.

Em primeiro lugar, o facto de estaremos perante uma delegação intersubjetiva, afasta a aplicação do regime jurídico da delegação de poderes prevista no CPA, nomeadamente os poderes previstos no art. 49.º, do CPA, que atribui ao delegante o poder de «(...) *emitir diretivas ou instruções vinculativas para o delegado ou subdelegado sobre o modo como devem ser exercidos os poderes delegados ou subdelegados*» (n.º1), bem como o «(...) *poder de avocar (...), anular, revogar ou substituir (...)*» (n.º2) os atos praticados pelo delegado ou subdelegado, nos termos da relação de delegação ou subdelegação.

Admitir tais poderes equivaleria admitir a colocação do destinatário da delegação de competências numa posição de subordinação, que só tem justificação numa delegação interorgânica. Por aqui se vê que o regime da delegação de competências se encontra enformado pela tipicidade das relações intersubjetivas de direção, tutela e superintendência, tal como definidas na Constituição³¹³.

³¹³ Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A delegação de poderes*, in CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2016, p. 410; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*cit., vol. I, p. 850.

Assim, mesmo relativamente à delegação de competências intersubjetiva, prevista no CPA, o regime desta será diferente consoante a mesma seja realizada entre órgãos que, apesar de pertencerem a pessoas coletivas distintas, se encontram numa relação de instrumentalização face à realização de fins que originariamente pertençam à pessoa coletiva em que se situa o órgão delegante, ou se, pelo contrário, a delegação é feita entre órgãos de pessoas coletivas autónomas, que prosseguem fins, próprios ou não, com uma total autonomia face ao órgão delegante. Exemplo da primeira situação são os organismos criados através do fenómeno da descentralização administrativa, como sucede nos casos de delegação do Estado em institutos públicos, que embora gozem de personalidade jurídica própria, prosseguem fins do Estado, sujeitando-se à superintendência deste. Exemplo da segunda é a situação da delegação pelo Estado de competências próprias a favor de um município ou a delegação por um município a favor de comunidades intermunicipais ou de freguesias (arts. 116.º e ss. do RJAL). Assim, os poderes do delegante de revogar atos do delegado e de fazer cessar de forma unilateral a delegação de poderes, têm como pressuposto a legitimidade do órgão delegante se sobrepor ao *delegado*, no exercício de tais poderes, legitimidade essa que, em última análise se fundamenta na configuração constitucional da própria organização da Administração.

ANDRÉ SALGADO DE MATOS fala em relações de *supra-infraordenação* para justificar as situações em que, numa delegação intersubjetiva, é possível ao órgão delegante exercer os poderes de revogação e de avocação da competência delegada, referindo que o exercício de tais poderes pressupõe a existência de uma relação daquele tipo, como sucede com os institutos públicos, que prosseguindo sujeitos à superintendência do Governo, desempenham a sua missão sujeita à emissão de diretivas pelo Governo (art. 199.º, al. d), da CRP), o que comporta a possibilidade deste impor aos órgãos dos institutos públicos o exercício de determinadas competências³¹⁴. Por sua vez, FREITAS DO AMARAL afirma que na delegação hierárquica, o delegante orienta o delegado com a faculdade de dar *ordens*, enquanto expressão do seu poder de direção, ao passo que na

³¹⁴ Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A delegação...*cit., vol. I, p. 410-411.

delegação não hierárquica, o delegante só pode emitir *diretivas*, resultante do seu poder de superintendência³¹⁵.

O regime da delegação de competências previsto no CPA, mesmo quando desligado da relação de *hierarquia* e aplicada entre órgãos de pessoas coletivas distintas, tem subjacente uma ideia de *infraordenação*, e por isso, pressupõe a relação de delegação com uma «(...) *superioridade do delegante sobre o delegado* (...)»³¹⁶, como sucede na relação entre Estado e instituto público, em que este se sujeita à superintendência daquele. Perante a relação entre os dois entes aqui em causa – Estado e município –, é inaplicável esse regime e os poderes que aí se preveem a favor do delegante, pois não teriam justificação face à independência e autonomia daqueles³¹⁷.

Como tal, não será juridicamente admissível, em virtude do princípio da proibição da alienabilidade da competência, admitir a validade de um ato de delegação do município a favor do Estado fora da relação contratual. Aceitar a sua validade significaria admitir uma implícita alteração do quadro legal de competências, diferente daquela que existe e que se caracteriza pela independência e igualdade das partes. Neste sentido, face ao regime em apreço, caso o município proceda a uma delegação de competências (art. 2.º, n.º6) sem que as partes celebrem, posteriormente, o contrato de parceria previsto no art. 5.º, n.º1, a delegação será nula, nos termos do art. 1.º, n.º1, al. b), do CPA³¹⁸.

Desta forma conclui-se que estamos perante uma delegação de competências intersubjetiva com carácter atípico, que não se reconduz a uma forma de

³¹⁵ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*cit., vol. I, p. 850.

³¹⁶ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Da delegação...*cit., p. 118.

³¹⁷ Cremos que também não valerá aqui a ideia de que a entidade delegante goza de um poder implícito de fiscalização de atuação da entidade delegada, como sucede com a delegação em entidades privadas (v.g. concessão de serviço público), atendendo à relação paritária que o regime jurídico da parceria pressupõe (v. sobre os poderes implícitos do delegante sobre o contraente privado, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1033-1034).

Sobre o exercício de tais poderes sobre a entidade gestora, v. *infra*, **2.3**.

³¹⁸ Vale aqui a solução do art. 120.º do RJAL, ao impor a obrigatoriedade de celebração de contratos para a delegação de competências a favor de comunidades intermunicipais, sob pena de nulidade.

descentralização³¹⁹, e que é instrumental do estabelecimento da parceria, e cujo regime será definido de acordo com o princípio da consensualidade, atendendo ao caráter independente dos entes envolvidos na delegação.

2.1.1.5 Autonomia da relação de (sub)delegação de competências entre Estado e entidade gestora da parceria

Ao contrário da relação de delegação entre Estado e município, cuja disciplina se encontra dependente do que vier a ser estabelecido no contrato de parceria, devido à independência das partes, a relação estabelecida entre o Estado e a entidade gestora no art. 2.º, n.º6, segunda parte, é suscetível de ser regulada, ainda que subsidiariamente, e nos aspetos em que o contrato de parceria não o impedir.

Com efeito, estamos aqui perante uma subdelegação de competências, que tem igualmente como título habilitador o art. 2.º, n.º6, do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril. A relação existente entre os sujeitos desta delegação – Estado e entidade gestora, integrada no setor empresarial do Estado – inclui poderes de tutela e superintendência³²⁰, pelo que será defensável a aplicação, ainda que a título subsidiário – e apenas nos aspetos em que não colidir com o contrato de parceria –, sujeita ao regime do CPA.

A principal vantagem desta habilitação para a subdelegação será o facto de ela conferir ao Estado uma autonomia decisória para efeitos de organização da gestão da parceria. Essa autonomia pode ser relevante, por exemplo, na hipótese em que a entidade gestora da parceria seja simultaneamente a entidade gestora do sistema multimunicipal (como prevê o art. 2.º, n.º2, al. c)) e se verificar termo o prazo da concessão multimunicipal. Nesse caso, a relação de subdelegação (Estado – entidade gestora) extinguir-se-á, por caducidade, nos termos do art. 50.º, n.º2, al. b), já a relação de delegação – entre

³¹⁹ V. PAULO OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 76.

³²⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...cit.*, vol. I, p. 898.

município e Estado – continuará a vigorar, por estar dependente da duração da parceria (art. 2.º, n.º7). Assim, estando a parceria ainda no seu período de vigência, o Estado poderá proceder à subdelegação noutra empresa do setor empresarial do Estado, porque está habilitado para tal, nos termos do disposto no art. 2.º, n.º6, não implicando a quebra da relação de parceria.

2.1.1. Procedimento externo

A celebração do contrato de parceria não obriga a um procedimento de seleção do co-contratante, nos termos da Parte II do CCP. Sendo um contrato *intuitu personae*, trata-se de um dos casos de contratação excluída, nos termos do art. 5.º, n.º1, do CCP, que exclui dos procedimentos concorrenciais os «*contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado*»³²¹.

Há, no entanto, que considerar um procedimento externo obrigatório na formação da parceria, que consiste na elaboração dos estudos técnicos de viabilidade económica e financeira, previstos no art. 4.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e cujo âmbito consta da Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho (*ex vi* art. 4.º, n.º3). Com efeito, a decisão de constituição da parceria é tomada a partir de estudos técnicos de viabilidade económica e financeira, que fundamentam a parceria e que evidenciam as vantagens decorrentes da integração dos sistemas para o interesse nacional e para o interesse local (art. 4.º, n.º1).

Nos termos da Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho, o objetivo principal destes estudos será definir os objetivos para a entidade gestora, fundamentados numa análise do contexto e integrados nos objetivos nacionais definidos nos planos para o setor. O teor destes estudos informará o conteúdo do contrato num conjunto importante de aspetos,

³²¹ Na redação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que altera o Código dos Contratos Públicos, que entrará em vigor em 1 janeiro de 2018, o novo n.º 2 deste artigo, vem dispor que se incluem no âmbito de aplicação do art. 5.º, n.º2, «(...) *designadamente, os acordos ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência ou delegação de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre entidades adjudicantes* (...)».

inter alia, a delimitação dos serviços a desenvolver e respetivo âmbito territorial; o cálculo da retribuição a pagar aos municípios pelas respetiva infraestruturas; regras relativas ao cálculo da tarifa a praticar para os utilizadores finais; objetivos de qualidade e cobertura do serviço. Verifica-se, desta forma, perante o âmbito extenso destes estudos a formação do contrato será influenciada por uma fonte externa, que se irá sobrepor à liberdade de estipulação das partes³²².

Finalmente, a respeito do procedimento externo para o estabelecimento da parceria, nota-se que o Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, faz depender de autorização prévia do membro do Governo responsável pela área das finanças os contratos, de parceria e gestão, em que a parceria envolva uma empresa do setor empresarial do Estado (art. 5.º, n.º5).

2.1.2. Celebração e formalização do contrato

Ainda dentro do procedimento pré-contratual, segue-se à formação do contrato a sua celebração, nos termos do art. 104.º do CCP, que será subsidiariamente aplicável.

O Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, estabelece que o contrato que institui a parceria é celebrado entre o Estado, representado pelo membro do Governo responsável pela área do ambiente, e as autarquias locais ou associações de municípios em causa. Assim, competência para a celebração do contrato pertence, da parte do Estado ao membro responsável pela área do ambiente, nos termos da Lei Orgânica do Governo em vigor³²³, e da parte do município, ao Presidente da Câmara Municipal, nos termos da sua competência para outorgar contratos em representação do município (art. 35.º, n.º2, al. f) do RJAL), ou, tratando-se de uma associação intermunicipal, parece caber ao conselho intermunicipal, à luz da sua competência para celebrar contratos de delegação de competências com o Estado (art. 90.º, n.º1, al. 1) do RJAL).

³²² Voltaremos a este tema *infra*, 3.5.

³²³ Atualmente aprovada pelo Decreto-Lei n.º 251-A/2015, de 17 de dezembro.

O Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, não estabelece prazo para a outorga do contrato. Como este não está sujeito ao procedimento pré-contratual da Parte II do CCP, não se aplicará o prazo de 30 dias (contados da data da aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação), da cláusula de *stand still*, nos termos do art. 104.º, n.º1, do CCP.

Também não se estabelece, no Decreto-Lei n.º 90/2009, nenhuma regra a propósito da publicação do contrato, mas ela será exigível por aplicação do art. 56.º do RJAL, que prevê a obrigatoriedade de publicação em edital das deliberações dos órgãos das autarquias locais, bem como as decisões dos respetivos titulares destinadas a ter eficácia externa, durante cinco dos 10 dias subsequentes à tomada da deliberação ou decisão, sob pena de ineficácia do contrato.

Acresce que, devido ao facto de o contrato conter cláusulas com efeitos normativos, o CCP faz depender de publicação, essas cláusulas, à semelhança do que sucede com os regulamentos, nos termos do art. 287.º, n.º4. Assim, de forma homóloga ao que sucede com o requisito de publicidade dos regulamentos, deverá observar-se a sua publicação oficial no DR, sem prejuízo de a mesma ser feita também na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional das entidades partes (cfr. art. 139.º do CPA).

2.2. Conteúdo e efeitos do contrato de parceria

2.2.1. Conteúdo do contrato

Referimos anteriormente o objeto do contrato visa o estabelecimento de uma gestão em parceria entre Estado e município. Essa será a realidade sobre a qual o contrato incide. Vejamos agora o conteúdo do contrato, que respeita às obrigações que resultam do contrato para as partes que o celebram, bem como a regulamentação específica dos interesses presentes na sua formação.

O conteúdo do contrato está dependente da liberdade de estipulação das partes, variando consoante a margem que a lei confere à autonomia da vontade das partes na determinação das respetivas cláusulas.

Para além destes limites existe sempre um conteúdo mínimo que todos os contratos administrativos, incluindo os interadministrativos, devem ter, ao qual se acrescenta o conteúdo específico de cada contrato, em função da natureza pública das partes e do objeto. Assim, pode distinguir-se um conteúdo necessário, mínimo ou essencial, um conteúdo facultativo e um conteúdo eventual do contrato³²⁴.

O conteúdo necessário corresponde ao conteúdo imposto por lei e todas aquelas cláusulas sem as quais não é possível realizar o objeto do contrato. Deverá aplicar-se, com as devidas adaptações, o disposto no art. 96.º do CCP³²⁵, e as regras especiais que resultem do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril.

Nos termos do art. 96.º, n.º1, do CCP, o conteúdo necessário do contrato incluirá, sob pena de nulidade, *i*) a identificação das partes, os respetivos representantes, assim como o título a que intervém e com indicação dos atos que o habilitem para esse efeito; *ii*) a descrição do objeto do contrato; *iii*) o preço contratual ou os elementos necessários à sua determinação; *iv*) o prazo de execução das principais prestações objeto do contrato; *v*) a classificação orçamental da dotação por onde será satisfeita a despesa inerente ao contrato, a realizar no ano económico da celebração do mesmo ou, no caso de tal despesa se realizar em mais de um ano económico, a indicação da disposição legal habilitante ou do plano plurianual legalmente aprovado ou o instrumento legalmente previsto que autoriza aquela repartição de despesa.

O objeto corresponderá à delimitação do serviço a prestar pela parceria e que consiste na exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, que poderá incluir igualmente o saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de

³²⁴ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 372.

³²⁵ As adaptações respeitam à não aplicação das regras que tenham a ver com o procedimento pré-contratual, designadamente, com o programa do concurso, o caderno de encargos e a proposta do adjudicatário (als. b), f) e g) do art. 96.º, 1, e n.º2 a 6 do mesmo artigo), visto que o contrato em análise não se sujeitará à Parte II do CCP.

resíduos urbanos (art. 1.º), cabendo ainda ao contrato identificar, nos termos do art. 2.º a modalidade de parceria e a entidade à qual será cometida a exploração do serviço: entidade do sector empresarial do Estado em que participem municípios ou com associações de municípios (a)); entidade do sector empresarial local em que participem entidades do sector empresarial do Estado (b)); entidade do sector empresarial do Estado legalmente habilitada para o exercício de atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos – reconduzível às entidades gestoras dos sistemas multimunicipais já constituídos (al. c)).

Por sua vez, o preço contratual corresponderá à contrapartida a que o município tem direito, ao ceder as respetivas infraestruturas consideradas necessárias para a prestação do serviço de abastecimento público de água (art. 2.º, al. b)), a que se faz referência também na Portaria n.º 706/2009, 7 de julho.

A classificação orçamental da dotação por onde será satisfeita a despesa do contrato ou o instrumento legalmente previsto será obrigatória nas situações em que se preveja a construção, de acordo com as regras estabelecidas no contrato de parceria, das infraestruturas, instalações e equipamentos para o serviço (art. 6.º, n.º2, al. b)).

Além das cláusulas impostas pelo art. 96.º do CCP, deriva do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, a obrigação do contrato identificar as bases do contrato de gestão (art. 5.º, n.º2)³²⁶; os riscos cujos efeitos recaem sobre a responsabilidade de cada um dos outorgantes (art. 5.º, n.º2); o prazo pelo qual é estabelecida a parceria (art. 7.º). Deve acrescentar-se ainda no núcleo mínimo do contrato a referência à criação e respetivas regras de funcionamento e composição do órgão – em princípio misto – através do qual

³²⁶ Nos termos do art. 5.º, n.º3, as bases do contrato de gestão incluirá a identificação dos *objetivos* a atingir pela entidade gestora, bem como as *metas temporais* para a consecução desses objetivos.

as partes irão exercer os poderes de controlo e fiscalização dos atos da entidade gestora (art. 6.º, n.º3) durante a execução do contrato³²⁷.

Para além dos aspetos previstos no Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, há outros que vêm regulados na Portaria n.º 706/2009, 7 de julho, que integrarão igualmente o conteúdo mínimo do contrato; é o caso das regras para o cálculo de tarifas a praticar para os utilizadores finais, aspeto incindível da circunstância do objeto do contrato envolver a exploração de um serviço público.

A definição do conteúdo do contrato é particularmente importante nos contratos interadministrativos. Note-se que, de acordo com a redação atualmente em vigor, o art. 338.º, n.º1, do CCP, consagra o princípio da exclusão dos contratos interadministrativos do âmbito de aplicação da Parte III do CCP os contratos celebrados entre entidades públicas *num plano de igualdade jurídica*; ressalvando-se, no n.º2 da mesma disposição, que pode haver lugar a uma *aplicação, com as adaptações necessárias*, desse regime substantivo³²⁸.

Por outro lado, o art. 6.º, n.º3, do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, é explícito em remeter para a regulação contratual o exercício dos poderes de *fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora*. Por isso, será indispensável que o clausulado do contrato de parceria, aqui em análise, contenha indicações quanto aos aspetos do regime jurídico aos quais não se aplicará diretamente o CCP, como acontece com as matérias relativas à execução e ao cumprimento do contrato, à formação da relação contratual, às modificações objetivas e subjetivas do contrato e à sua extinção. Aqui se incluem as cláusulas sobre as respetivas causas de modificação e de extinção; as consequências do incumprimento; a existência ou não de poderes de conformação da relação contratual por parte de algumas das partes

³²⁷ Cabe notar que o art. 6.º, n.º3, prevê que os poderes de *fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora* sejam exercidos *pelo Estado, pelos municípios ou por ambos*.

³²⁸ Voltaremos a este tema, *infra*, 3.2.

relativamente à outra; aspetos sobre os quais incide a *reserva* de contrato administrativo, disciplinada pela Parte III do CCP³²⁹.

2.2.2. Efeitos entre as partes

Os contratos de parceria e de gestão em análise comporta efeitos de natureza i) obrigacional, como sucede nos demais tipos de contratos, públicos ou privados; e efeitos de natureza ii) normativa, iii) procedimental e iv) organizativa, típicos de contratos interadministrativos.

2.2.2.1 Efeitos de natureza obrigacional

Os efeitos de natureza obrigacional são os que advêm da constituição de direitos e deveres para as partes relacionados com a prossecução do objeto do contrato. Nos termos do Decreto-Lei n.º 9/2009, de 9 de abril, cabendo à entidade gestora *assegurar nos termos aprovados conjuntamente pelo Estado e pelos municípios e constantes do contrato de parceria, de forma regular, contínua e eficiente, o abastecimento de água* (art. 6.º, n.º1), o que constituirá a obrigação principal da entidade gestora, enquanto parte do contrato de gestão.

Correlacionada com esta obrigação, na relação estabelecida pelo contrato de parceria (Estado e municípios), derivará a obrigação de praticar os atos necessários de *direção e fiscalização* sobre a entidade gestora, nos termos do art. 6.º, n.º3, os quais serão objeto de estipulação contratual, em face do disposto no art. 338.º, n.º2. O exercício destes poderes supõe ainda o cumprimento de deveres de colaboração, informação, comunicação, assistência, auxílio, como uma obrigação recíproca das partes (art. 6.º, n.º3)³³⁰. Por outro lado, cabe especificamente ao município ceder as infraestruturas,

³²⁹ V. *infra*, 2.3.

³³⁰ Referindo estes deveres como deveres típicos e comuns às diversas modalidades de contratos interadministrativos, ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...cit.*, p. 378.

instalações e equipamentos situados no seu território, necessárias à prestação do serviço pela entidade gestora (art. 6.º, n.º2, c)).

No contrato de gestão, por sua vez, de que são partes o Estado, o município e a entidade gestora, esta constituir-se-á em obrigações relacionadas com os níveis a atingir ao nível de cobertura de serviço, desempenho ambiental, produtividade, de em função das metas temporais aí definidas (art. 5.º, n.º3).

2.2.2.2. Efeitos de natureza normativa

O contrato de parceria produz igualmente efeitos de natureza normativa, visto que lhe cabe instituir a exploração em regime de parceria, nos termos do art. 5.º, n.º1. Assim, o contrato de parceria irá disciplinar diversos aspetos que se encontram omissos no regime do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, tais como a estrutura das tarifas a aplicar aos utilizadores finais; a repartição dos riscos entre os sujeitos-parte (art. 5.º, n.º2); a definição dos termos em que se extingue a parceria (art. 7.º); a retribuição do município parceiro pela utilização das infraestruturas pela entidade gestora da parceria (Ponto 8 do Anexo da Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho). Também se deve reconhecer a existência de efeitos normativos sobre terceiros quanto às cláusulas do contrato de parceria que constituem as bases do contrato de gestão, às quais cabe identificar os objetivos que vinculam a atuação da entidade gestora, em termos de objetivos a atingir quanto à qualidade do serviço, ao nível do atendimento, do desempenho ambiental, produtividade e eficiência de gestão³³¹ e que irão criar na esfera de terceiros (utilizadores) um direito subjetivo, correspondente ao lado-ativo da relação emergente do contrato (Estado-município-utente)³³². Por fim, caberá ao contrato regular a instalação, organização e composição do órgão através do qual as partes irão exercer os poderes sobre a entidade gestora, nos termos do art. 6.º, n.º3.

³³¹ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias...*cit., p. 87.

³³² Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A delegação...*cit., p. 146.

Todos os aspetos mencionados são relegados pelo Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, para o contrato de parceria. Trata-se, com efeito, de cláusulas relativas à organização, gestão e funcionamento do serviço que irão conferir ao contrato de parceria uma dimensão que extravasa o âmbito meramente contratual e entra no âmbito normativo, servindo assim de enquadramento e de complemento ao respetivo regime legal³³³.

Cabe notar que apesar da remissão feita pelo Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e do facto de o contrato ser celebrado entre entidades que gozam de poder regulamentar, por atribuição constitucional, o efeito normativo de cláusulas contratuais deve ser tratada autonomamente, retirando-se a sua admissibilidade do disposto no art. 287.º, n.º4, do CCP, que lhes faz referência ao disciplinar a eficácia dos contratos públicos. Neste sentido, as mesmas não devem ser consideradas verdadeiras *normas regulamentares*³³⁴, e, como tal, a sua edição não se sujeita ao procedimento regulamentar do CPA (art. 97.º e ss.)³³⁵⁻³³⁶.

2.2.2.3. Efeitos de natureza procedimental

O contrato de parceria comportará igualmente efeitos de natureza procedimental, nos termos do já citado art. 6.º, n.º3, que prevê o exercício, por ambas as partes, dos poderes *de fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora*, o que significa que o contrato irá regular o exercício destas competências e o desenrolar de procedimentos administrativos. O exercício destas competências deve

³³³ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias...*cit., pp. 100-101.

³³⁴ Cfr. ANA RAQUEL MONIZ GONÇALVES, *A Delegação...*cit., p. 146; PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Concessão...*cit., p. 201 e ss.

³³⁵ Tal não prejudica o direito dos particulares a reagirem contra as cláusulas que lesem os seus direitos subjetivos, comprovada a legitimidade para proceder à sua impugnação judicial, nos termos do art. 77.º-A, n.º1, al. g), do CPTA, a conjugar com o disposto no art. 285.º, n.º2, do CCP.

³³⁶ Apesar de não se aplicar o regime procedimental aplicável à elaboração de regulamentos, a eficácia das cláusulas em presença depende da respetiva publicidade, nos termos do art. 287.º, n.º4, do CCP, que faz depender desse requisito as cláusulas com conteúdo normativo, à semelhança do que sucede com os regulamentos: publicação oficial no DR, sem prejuízo de a mesma ser feita também na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa (cfr. art. 139.º do CPA).

levar à criação de uma comissão paritária através do qual as partes irão proceder à prática dos atos em questão, nos termos do art. 305.º, n.º4, do CCP. Caberá à entidade gestora a aprovação dos tarifários para os utilizadores finais, mas o Estado e o município enquanto titulares de poderes de direção e fiscalização, deverão ver asseguradas a sua participação no respetivo procedimento de aprovação³³⁷.

2.2.2.4. Efeitos de natureza organizativa

Finalmente, o contrato produz efeitos de natureza organizativa, porque pressupõe e disciplina, uma delegação de competências do município a favor do Estado, como vimos em momento anterior. Nos termos da lei, o município procede à delegação da competência de *exploração e gestão* do respetivo sistema municipal de abastecimento de água (art. 16.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), a favor do Estado, o que altera a relação entre as partes contraentes, porque o município passa a partilhar com o Estado poderes de *direção* sobre a entidade gestora do serviço municipal (art. 6.º, n.º3).

2.2.2.5. Efeitos perante terceiros

Além da eficácia *inter partes*, o contrato de parceria produz efeitos perante terceiros porque incide sobre a exploração e gestão de um serviço público, cujos utentes serão *terceiros* face à relação contratual estabelecida³³⁸. A ligação do contrato de parceria ao *serviço público* configura-o, aliás, como um contrato a favor de terceiros, cujas

³³⁷ V. *infra*, 3.2.

³³⁸ A relação estabelecida entre a entidade gestora com os utentes será objeto de outra relação contratual, estabelecida através de um contrato de prestação de serviços de natureza privada (v. ISABEL ANDRADE (coord.), *Relação das entidades gestoras com os utilizadores dos serviços de águas e resíduos*, ERSAR, Lisboa, 2012, p. 1 e pp. 8 e ss.).

prestações são estabelecidas em favor de pessoas indeterminadas, nos termos do art. 445.º do CC³³⁹.

Além disso, existem efeitos perante terceiros derivados das (anteriormente mencionadas) cláusulas com efeito normativo, desde logo as que constituem bases do contrato de gestão, de onde constarão os objetivos *de cobertura e de qualidade* do serviço e *metas temporais e indicadores* de avaliação do desempenho da entidade gestora; e também as cláusulas que definem a estrutura das tarifas para os utilizadores finais. As cláusulas relativas aos objetivos da entidade gestora vinculam esta no desempenho da sua atividade e as cláusulas relativamente à estrutura tarifária, irão ser fonte de direito para o contrato estabelecido entre a entidade gestora e os cidadãos utentes do serviço³⁴⁰.

É ainda suscetível de gerar efeitos perante terceiros, a hipótese de, mediante autorização pelas partes no contrato de gestão, a entidade gestora da parceria subcontratar prestações de serviços sobre manutenção e conservação de infraestruturas e equipamentos, bem como de assistência aos utentes (art. 6.º, n.º4, al. a)) e a concessão da gestão ou execução de parte dos serviços a terceiros (*idem*, al. b))³⁴¹.

Finalmente, haverá ainda que considerar efeitos sobre a entidade reguladora, que terá a responsabilidade de emitir um parecer sobre a celebração de contrato de parceria e os contratos de gestão a ela respeitantes (art. 24.º, n.º1, al. f) do Estatuto da ERSAR).

Sobre os contratos que produzem efeitos sobre terceiros, estabelece o art. 287.º, n.º3, do CCP, que os mesmos só serão eficazes após a manifestação o consentimento por parte

³³⁹ Estabelece esta norma que, sendo a prestação estipulada em *benefício de pessoas indeterminadas ou no interesse público*, o *direito de a reclamar pertence ao promissário e às entidades competentes para defender os interesses em causa*. O CPTA tutela a posição dos destinatários das prestações contratualmente estabelecidas, conferindo legitimidade às pessoas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos *em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas* nos pedidos relativos à execução de contratos (art. 77.º-A, n.º3, al. b)).

³⁴⁰ Cfr., neste sentido, ISABEL ANDRADE (coord.), *Relação...* cit., p. 8.

³⁴¹ Nesta situação, que se encontra regulada nos arts. 316.º e ss. do CCP, o subcontrato constitui uma terceira relação face ao contrato de parceria, embora a sua execução possa influenciar também o cumprimento, pela entidade gestora, do contrato de gestão, que *permanece integralmente responsável* perante o Estado e os municípios (art. 321.º do CCP) (v. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo*, Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 120).

destes. Só assim não será para os contratos normativos que, embora afetem terceiros, entram em vigor com a respetiva publicação (art. 287.º, n.º4, do CCP).

Sucedem os efeitos sobre terceiros do contrato em análise não se esgotam nas cláusulas normativas, já que, como referimos, existe uma eficácia perante terceiros, derivada do próprio objeto do contrato, fazendo com que os utentes passem a relacionar-se com um serviço público gerido em regime de parceria. Por isso, parece que seria sempre de difícil aplicação a este tipo de contratos o disposto no art. 287.º, n.º3, atendendo ao elevado número de terceiros (todos os utentes do serviço), que teriam de manifestar o seu consentimento à relação de parceria estabelecida³⁴².

2.3. Execução do contrato e titularidade de poderes de conformação da relação contratual

Afirmámos em momento anterior, relativamente à caracterização do objeto do contrato, que o *contrato de parceria* em análise tem um fundamento cooperativo – relação de *parceria* – e estabelece uma colaboração em sentido estrito, para a gestão dos serviços municipais de água. O *contrato de gestão* não se afasta deste objetivo, com a diferença de que é celebrado entre Estado, município e entidade gestora, e que constarão dele os objetivos a atingir pela entidade gestora, em termos de cobertura e desempenho de serviço.

Afirmámos também que os mesmos contratos (*parceria* e *gestão*) constituem contratos interadministrativos, sendo celebrados entre entidades públicas independentes entre si e numa posição de igualdade na relação contratual. Ora, a consequência desta qualificação, releva para efeitos de saber da titularidade de poderes de conformação da relação contratual (*direção, fiscalização e modificação unilateral*) (art. 302.º, do CCP), e, bem assim, para a determinação da natureza dos contratos que instituem o modelo de parceria, quanto à respetiva estrutura.

³⁴² Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 390.

A perspetiva tradicional sobre a estrutura dos contratos interadministrativos ia no sentido de considerar que, por princípio, todos os contratos que são celebrados entre entidades públicas são *contratos de coordenação de competências*, retomando uma distinção originária do direito alemão (art. 54.º do VwVfG), que distinguia os contratos de *coordenação* dos contratos de *subordinação*. Desta contraposição resultaria a exclusão de poderes de conformação contratual nos contratos de *coordenação*, celebrados entre entidades públicas, visto que os mesmos assentavam numa relação paritária³⁴³.

A conceção alemã, inspirada por sua vez na teoria francesa do contrato administrativo, porém, refere-se a uma noção de contrato administrativo que se encontra ultrapassada, que é a de considerar que o estatuto de *autoridade* – e, por conseguinte, a desigualdade das partes – constitui o fundamento dos *poderes contratuais* (também designados, tradicionalmente, de poderes *exorbitantes*³⁴⁴) quando, na verdade, o fundamento de tais poderes reside na necessidade de dispor de meios que garantam a melhor forma de prossecução do interesse público³⁴⁵.

No seio do CCP, que adotou a visão tradicional sobre os poderes de conformação no contrato interadministrativo, o art. 338.º, n.º1, estabelece que aos contratos interadministrativos não é aplicável a Parte III do CCP, isto é, o regime substantivo de direito administrativo dos contratos públicos. Sucede que o n.º2 do mesmo artigo ressalva a aplicação, com as *adaptações necessárias*, da Parte III, se algum dos contraentes públicos *se submeter, no contrato, ao exercício de poderes de autoridade pelo outro*. Como referem diversos Autores o legislador considerou nesta norma que os contratos interadministrativos são em princípio contratos paritários, e como tal, a Parte

³⁴³ Cfr. JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convénios...*cit., p. 363.

³⁴⁴ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública, vol. I, CEDIPRE, Coimbra, 2004, p. 521; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 481.

³⁴⁵ Cfr., *inter alia*, MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*cit., t. III, p. 43; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, pp. 477 e ss.

III do CCP só se aplicará a estes se do próprio *conteúdo contratual* decorrer *um regime jurídico de subordinação*³⁴⁶.

A nova redação do art. 338.º, n.º1, do CCP³⁴⁷ demonstra uma atualização do pensamento do legislador, que passa a consagrar como regra a aplicação da Parte III, *sem prejuízo das necessárias adaptações quando os mesmos sejam celebrados num plano de igualdade jurídica, designadamente no que respeita ao exercício dos poderes de conformação da relação contratual*. Significa isto que a lei passará a estabelecer *como regra* a existência de poderes de conformação contratual, cabendo às partes acertar o seu conteúdo e alcance nos termos do contrato, sem prejuízo de que, como ressalvam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, dada a prevalência da composição contratual nesta matéria, poderão existir graus de *administrativização* variáveis de contrato para contrato, em função da extensão com que o regime de direito administrativo lhe for aplicável, por estipulação das partes³⁴⁸.

Relativamente à parceria para a gestão dos serviços municípios de água, há que considerar a existência de duas relações contratuais – a relação estabelecida no *contrato de gestão*, entre o Estado, o município e a entidade gestora, e a estabelecida no *contrato de parceria*, celebrado entre o Estado e o município.

Relativamente ao *contrato de gestão*, o já nosso conhecido art. 6.º, n.º3, prevê que o Estado e os municípios exercem, conjunta ou isoladamente, a prática conjunta de atos administrativos de *direção, fiscalização e suspensão* dos atos da entidade gestora³⁴⁹. Deste modo, deve reconhecer-se que ambas as partes gozem de *poderes contratuais*, porque aquela disposição prevê o poder de ambas para a prática de atos administrativos

³⁴⁶ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...cit.*, t. III, p. 56; CARLA AMADO GOMES, *A conformação...cit.*, p. 526; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso...cit.*, p. 11.

³⁴⁷ Dada pelo já citado Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

³⁴⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...cit.*, pp. 45-46.

³⁴⁹ Cabe referir que apesar da ausência de referência a poderes de *modificação* na *letra* do art. 6.º, n.º3, este deve considerar-se igualmente compreendido nos poderes *contratuais* dos sujeitos-partes da parceria. Para aí aponta o Ponto 11 do Anexo da Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho, em que, a propósito do âmbito dos estudos de viabilidade económica da parceria, se faz referência às *condições de modificação* da relação contratual por alguma das partes.

sobre a entidade gestora, vinculada à execução das prestações previstas no contrato. Faz sentido que a entidade gestora fique sujeita aos poderes de conformação da relação contratual visto que ela estará, por força do contrato de gestão, obrigada à prossecução do *interesse público* materializado no objeto do contrato. Considerando que, nos termos do art. 303.º, n.º1, do CCP, os poderes contratuais estão funcionalizados à *realização do interesse público*, os titulares dos poderes de conformação serão os *titulares* do interesse público prosseguido pelo contrato; o município – que será o *titular originário*, porque é o titular do sistema municipal de águas³⁵⁰ – e o Estado, que será igualmente titular desses poderes por força da delegação de poderes efetuada pelo município³⁵¹.

Já quanto à relação estabelecida no contrato de parceria, parece-nos que, tendo este como fundamento primário a necessidade de estabelecer uma disciplina para a delegação de poderes efetuada, e bem assim regular o exercício dos poderes sobre a entidade gestora e a distribuição de riscos pelas partes na gestão unificada do serviço municipal de águas, o mesmo não comporta uma *subordinação* de nenhuma das partes. Mesmo que o titular da atribuição seja o município, não é o Estado que vai ser encarregue de colaborar na execução dessa atribuição, mas sim a entidade gestora. Deste modo, conclui-se que não irá resultar da relação estabelecida pelo contrato de parceria (Estado/ município) poderes de conformação da relação contratual.

2.4. Natureza jurídica do contrato de parceria

Analizados os efeitos e os poderes das partes do contrato de parceria e no contrato de gestão, podemos proceder à sua caracterização, i) quanto ao objeto e ii) quanto à estrutura da relação contratual.

Quanto ao objeto do contrato, *primum*, o contrato de parceria deve ser qualificado como um contrato público e administrativo. Esta qualificação supõe que o mesmo assentará

³⁵⁰ De acordo com a atribuição que lhe reconhece o art. 6.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

³⁵¹ V. *supra*, 2.1.1.2.

num acordo de vontades contrapostas (art. 1.º, n.º6, do CCP), que atuam no exercício da sua autonomia negocial³⁵². Sendo um contrato *público*, significa que resulta da aplicação direta e imediata de normas de fonte constitucional e legal, tais como o princípio da solidariedade e lealdade institucional³⁵³, e também como *contrato administrativo* porque (por contraposição aos contratos públicos que não tenham natureza administrativa), o seu objeto integra-se no âmbito da função administrativa e visa a realização de interesses públicos cuja prossecução cabe à Administração Pública³⁵⁴.

Secundum, sendo celebrado entre duas pessoas coletivas públicas que prosseguem a função administrativa, o contrato de parceria é um contrato *interadministrativo*, nos termos do art. 338.º, do CCP, e dentro destes, pode qualificar-se como contrato vertical por ser celebrado entre uma autarquia local e o Estado³⁵⁵. No caso do contrato de gestão, ele será igualmente celebrado entre as partes do contrato de parceria e a entidade do setor empresarial do Estado que será a entidade gestora do sistema.

Secundum, atendendo a que o contrato visa estabelecer uma forma coordenada de exercício de competências sobre a gestão dos sistemas municipais de abastecimento de água, deve qualificar-se como um contrato de *colaboração* e, mais especificamente, de *colaboração em sentido estrito*.

Os contratos de colaboração são aqueles através das quais uma das partes se obriga a prestar à outra uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante uma remuneração³⁵⁶. Por princípio, todos os contratos interadministrativos, fundando-se no princípio da cooperação serão contratos de colaboração³⁵⁷, mas dentro destes, os contratos de colaboração em sentido estrito são aqueles que têm como objeto a prestação de auxílio entre as partes, tendo em vista o

³⁵² Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*cit., t. III, p. 19.

³⁵³ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 123 e p. 126.

³⁵⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*cit., t. III, p. 20.

³⁵⁵ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 184.

³⁵⁶ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*cit., p. 420.

³⁵⁷ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*cit., p. 370.

desenvolvimento de tarefas legalmente atribuídas a uma delas ou o exercício coordenado de competências próprias e separadas das entidades contratantes³⁵⁸. O contrato de parceria será um contrato de colaboração em sentido estrito porque leva à gestão unificada do serviço de abastecimento público de água *em baixa*, sendo o município remunerado pela cedência das respetivas infraestruturas. Esta função de gestão será exercida por uma entidade gestora, designada pelo Estado, e integrada no setor empresarial deste, fazendo com que Estado e município exerçam de forma coordenada uma competência própria deste último³⁵⁹.

Ao caracterizar o contrato de parceria como um contrato de colaboração supõe-se que este leva a uma atuação concertada dos sujeitos-parte, baseada num acordo de duas ou mais vontades, que constitui direitos e deveres recíprocos para cada uma delas, o Estado e o município (ou municípios) envolvido(s), em posição de igualdade. Ademais deverá implicar uma distribuição equitativa de riscos, também como corolário da igualdade entre as partes. Esta ideia deve estar presente também na estipulação pelas partes das cláusulas contratuais, dado que, no caso particular da distribuição de riscos, é às partes, no contrato de parceria, que cabe *identificar* «(...) os riscos cujos efeitos permanecem da responsabilidade dos respectivos outorgantes (...)», bem como o estabelecimento das «(...) bases do contrato de gestão a outorgar (...)», pressupondo sempre uma ideia de negociação em relação de igualdade³⁶⁰.

Quartum, qualifica-se como um contrato normativo, porque, como vimos contém cláusulas com eficácia perante terceiros e exerce uma função de integração do regime do Decreto-Lei n.º 90/2009, 9 de abril. Os contratos normativos desdobram-se em i) *normativos obrigacionais*, quando vinculam as partes na aprovação ou conformação de uma norma, e em *normativos decisórios*, quando substituem a própria norma; mas também ii) os contratos que contêm cláusulas cujo conteúdo se projeta na esfera jurídica

³⁵⁸ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 192.

³⁵⁹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 204.

³⁶⁰ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias...*cit., p. 91 e 100.

de terceiros, substituindo a edição das próprias normas administrativas³⁶¹. O contrato de parceria em análise deve ser qualificado como *normativo decisório*.

Quintum, trata-se de um contrato procedimental, na medida em que prevê o exercício, por ambas as partes do contrato, dos poderes de direção e fiscalização dos atos da entidade gestora, o que supõe a criação de um órgão composto por representantes das partes, composta pelo Estado e pelos municípios, para o exercício das respetivas competências, designadamente, em matéria tarifária.

Sextum, cabe notar que este regime pressupõe uma prévia delegação de competências, cujo exercício o contrato irá regular, o que significa que o contrato que vai regular a parceria é um contrato sobre competências, sendo, como tal, um contrato organizacional.

Pode assim qualificar-se, quanto o objeto, o contrato de parceria como contrato de colaboração misto, que produz efeitos normativos, procedimentais e organizacionais.

Por sua vez, quanto à estrutura da relação contratual, deve notar-se, como se referiu antes, que o regime de parcerias prevê que ambas as partes pratiquem atos administrativos, o que significa que as mesmas prosseguem um interesse público concorrente. No mesmo sentido contribui o facto de existir uma delegação de competências prévia, cujo exercício será regulado pela via contratual. Neste sentido o contrato de parceria deve ser qualificado como contrato de *cooperação paritária*.

Já o contrato de gestão, como vimos também, cometendo à entidade gestora a prossecução do interesse público objeto do contrato de parceria (desenvolvido também no contrato de gestão), sujeita esta ao exercício dos poderes de direção, fiscalização e modificação de que são titulares o Estado e o município. Qualifica-se, por isso, como contrato de *subordinação*.

³⁶¹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...cit.*, p. 247 e 250; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A delegação administrativa do poder regulamentar em entidades privadas (algumas questões)*, in *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 145.

3. Apreciação do regime legal do modelo de parcerias. Aspectos críticos

Vimos anteriormente o procedimento de instituição da parceria, analisando o respetivo procedimento formação, que envolve um ato de delegação de competências do município, e a posterior regulação por contrato, em virtude de lhe ser inaplicável o regime da delegação de competências previsto no CPA. Vimos também que a admissibilidade desta delegação se funda na circunstância de a mesma preservar a titularidade das atribuições e competências das partes envolvidas no contrato, cuja alteração sempre estaria vedada às partes.

Referimos igualmente, de forma detalhada, os efeitos gerados pelo contrato, designadamente, o facto de o mesmo permitir ao Estado o exercício de poderes de direção sobre a entidade gestora do serviço municipal, e o facto de o mesmo comportar efeitos normativos, uma vez que o regime jurídico deste modelo de gestão remete para o contrato a regulação de um conjunto de aspetos substanciais da gestão dos serviços, exercendo uma função complementar e integradora daquele regime.

Referimos igualmente que aspetos como a definição da estrutura das tarifas para os utilizadores finais, as regras de cálculo da retribuição do município pela utilização das respetivas infraestruturas, e os objetivos de qualidade e de cobertura para a entidade gestora, serão determinados por estudos de viabilidade económica e financeira que, conforme o regime em análise deixa entrever, irão desempenhar um papel significativo na determinação das cláusulas contratuais.

Referimos ainda que a relação contratual a estabelecer pressupõe a igualdade das partes e o exercício de uma efetiva liberdade negocial, por um lado, e o exercício paritário dos poderes de intervenção sobre a entidade gestora, como aliás se encontra previsto no próprio regime de parcerias.

A falta de densidade normativa do regime jurídico do modelo de parcerias e a amplitude da regulação contratual – efeitos normativos que o mesmo sugere, não oferecem, todavia, no nosso entender, a garantia de que sejam respeitadas tais premissas.

Tendo em conta estas observações, a análise a fazer em seguida incidirá sobre um conjunto de aspetos principais – a delegação de competências; a partilha de riscos; o direito de retribuição do município pela cedência das respetivas infraestruturas; o papel dos estudos de viabilidade económico-financeira.

3.1. Indefinição temporal da delegação de competências

Vimos em momento anterior, a propósito do procedimento de formação da parceria, que esta pressupõe um ato de delegação de competências do município a favor do Estado. Vimos também que esta delegação opera uma transferência do *exercício* da competência, resultando da prática de um ato administrativo, com caráter precário, distinguindo-se da transferência de competências, que constitui um fenómeno definitivo, incidindo sobre a titularidade da competência e fundado num ato legislativo, sem qualquer intermediação de ato da Administração³⁶².

Neste sentido, não é autorizada a transferência de competências por ato ou contrato administrativo³⁶³, possibilidade que consubstanciaria uma livre renúncia de competências, expressamente proibida pelo art. 36.º, n.º1, do CPA, que comina com nulidade o «(...) o ato ou contrato que tenha por objeto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência (...)» (art. 36.º, n.º2).

Ora, no regime em apreço, não se estabelece a duração da delegação de poderes, dispondo o art. 2.º, n.º7, que a duração da delegação está dependente da vigência do contrato de parceria; o que sugere que a delegação se extinguirá por caducidade, nos termos analogicamente previstos para a delegação de competências intrasubjetiva, no art. 50.º do CPA. Sucede, porém, que o regime do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, não estabelece nenhum prazo para a duração da parceria³⁶⁴.

³⁶² Como resulta do disposto no art. 237.º, n.º1, da CRP, relativamente às autarquias locais (v. *supra* **Parte I, Capítulo III.1.1.**). V. também, sob a distinção entre delegação e transferência de competências, PAULO OTERO, *O poder...*cit., vol. II, pp. 434-435.

³⁶³ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*cit., p. 165.

³⁶⁴ Ao contrário do que sucede, p. ex., com os sistemas multimunicipais, relativamente aos quais se estabelece o prazo máximo de 50 anos, a contar da data da celebração do contrato de concessão (art. 9.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho).

Ora, estando nós perante um ato de delegação de competências, e não uma transferência legal de competências, mesmo admitindo a funcionalização daquele ato relativamente à duração parceria, como afirmámos *supra*³⁶⁵, o carácter precário da delegação imporia que fosse possível extrair do regime do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 11 de julho, um prazo máximo de vigência do ato de delegação, ou do contrato de parceria, admitindo-se a validade da subordinação do primeiro ao período de vigência do segundo.

A omissão do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, relativamente à duração da parceria levanta, desta forma, um problema de compatibilidade com o disposto no artigo 112.º, n.º5, segunda parte, da CRP, na medida em que ao não definir uma limitação na vigência da delegação, permite à Administração que, *no limite*, também não o faça no contrato. Por outras palavras, esta *descaracterização* da figura delegação de competências, pode, pelo menos *em tese*, permitir ao contrato (*ato* de categoria inferior à lei), contornar o princípio da alienabilidade da competência resultante do art. 36.º, n.º2, do CPA, desfigurando a delegação de competências como mera transferência de exercício de competências, e convolvendo-a numa verdadeira transferência de titularidade de competências.

Com efeito, as cláusulas com efeito normativo não constituem normas regulamentares, mas encontram-se sujeitas aos limites gerais do poder regulamentar, que derivam, designadamente, do princípio da reserva de lei³⁶⁶. Tal como sucede com a edição de regulamentos administrativos, os sujeitos-parte do contrato de parceria estarão a atuar de forma *administrativa*, e como tal, a estipulação das cláusulas – apesar da sua função integrativa face ao Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril – deverá ser sempre concebida como uma «*atividade secundária, dependente e subordinada face à atividade legislativa*»³⁶⁷. Dado que se situam num plano de inferioridade face à lei, aos regulamentos, como aos contratos normativos, está vedado *interpretar, integrar* ou

³⁶⁵ V. *supra*, 2.1.1.2.

³⁶⁶ Cfr., neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A delegação...* cit., p. 146.

³⁶⁷ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...* cit., vol. II, p. 184.

modificar um ato legislativo, o que vicia aquele de inconstitucionalidade material, por violação do art. 112.º, n.º5³⁶⁸.

Parece-nos, neste sentido, que a omissão do período de vigência da parceria vicia de inconstitucionalidade material o art. 2.º, n.º7, por violação do disposto no art. 112.º, n.º5; assim como será, materialmente inconstitucional a cláusula contratual (normativa) que não definir o período de vigência – tirando-lhe a característica fundamental da *precariedade* – da delegação de competências.

Com efeito, caso o contrato não proceda a tal delimitação, inexistindo uma limitação à duração da parceria, no Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, cremos que será subsidiariamente aplicável o disposto no art. 34.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que limita o prazo de concessão dos sistemas municipais a 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo do concessionário.

3.2. Omissão sobre o modo de exercício dos poderes de direção e fiscalização de atuação da entidade gestora

Apesar do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 7 de abril, prever que quer o Estado quer os municípios serão titulares do exercício de poderes de direção, fiscalização e suspensão de atos da entidade gestora (art. 6.º, n.º3), aquele regime não se prevê o modo através do qual tais poderes serão exercidos.

Ora, sendo o contrato que institui a parceria um contrato paritário, a instituição de uma comissão paritária é uma necessidade desta modalidade de gestão, pelo que a sua omissão legal deixa de garantir o equilíbrio de poderes das partes e, consequentemente, a própria estrutura paritária do contrato.

³⁶⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...cit.*, t. V – *Actividade constitucional do Estado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 209 e ss.

Com efeito, face ao carácter indisponível da titularidade dos poderes contratuais, cuja renúncia é proibida³⁶⁹ – com as devidas adaptações face à natureza paritária do contrato (art. 338.º, n.º2, do CCP) –, seria essencial prever o modo como tais poderes serão exercidos, *maxime*, a existência de uma comissão paritária, bem como a respetiva competência e composição³⁷⁰.

Ao não disciplinar a instalação e regulamentação do funcionamento da comissão paritária, o regime legal de parcerias comporta o risco de fazer com que a entidade gestora venha a desempenhar o serviço à margem do controlo dos sujeitos-parte da parceria, e, acima de tudo – tendo em conta que essa entidade pertence ao setor empresarial do Estado – à margem do controlo do município delegante do serviço.

Além disso, na relação com a entidade gestora, pensando na situação particular da aprovação de tarifas para os utilizadores finais, o facto de o regime não regular a composição da comissão paritária, pode cercear o seu direito de exercício do contraditório por parte dos serviços municipais (nos termos do art. 11.º-B, n.º1, al. b))³⁷¹.

Finalmente, refira-se que a instalação da comissão paritária de gestão da parceria e a disciplina das suas competências, seria também uma forma do regime preservar o elo de ligação das populações locais aos respetivos serviços de água (art. 267.º, n.º1, da CRP) e a própria responsabilidade democrática do município neste modelo. A omissão da forma de exercício dos poderes de *direção* e *fiscalização* da entidade gestora, torna também esta modalidade de gestão dos serviços de águas menos transparente perante os particulares.

³⁶⁹ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação...cit.*, p. 526; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso...cit.*, p. 42.

³⁷⁰ A título paralelo, é o que sucede nas PPP de tipo institucionalizado, em que as partes estabelecem uma relação de cooperação através de entidade distinta (cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?*, in JOSÉ LUÍS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ/ FAUSTO DE QUADROS (coord.), DJ, vol. especial – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, p. 34).

³⁷¹ Sobre o procedimento em causa, v. **Capítulo II.1.5.1.1.**

3.3. Omissão sobre a partilha de riscos

Avulta também do regime legal de parcerias a omissão da distribuição dos riscos que recaem sobre as partes do contrato de parceria, bem como sobre a atividade da entidade gestora.

O art. 5.º, n.º2, estabelece que o contrato de parceria identifica os riscos cujos efeitos permanecem da responsabilidade de cada uma das partes, sem que existam no regime legal em análise regras sobre a delimitação dos riscos e a própria responsabilidade da entidade gestora.

Se a Portaria n.º 706/2009 manda incluir nos estudos de viabilidade económica e financeira os *objectivos de cobertura e de qualidade* para a entidade gestora, pode colocar-se a questão de saber se, no caso de não serem atingidos tais objetivos, sobre qual dos sujeitos envolvidos na parceria irá recair a responsabilidade. Assim como, caso se verifique um défice tarifário, em face de a entidade gestora não alcançar os objetivos definidos no contrato de gestão, será a responsabilidade pelo risco imputada a algum dos sujeitos, e a qual, ou refletir-se-á sobre o utilizador final?³⁷²

Por outro lado, esta omissão releva para a determinação do equilíbrio económico e financeiro do contrato. Isto é, da não identificação dos riscos que correm por conta de cada uma das partes, torna-se mais difícil aplicar o mecanismo do reequilíbrio económico-financeiro, que é aplicado, *tendo em conta a repartição do risco entre as partes* (art. 282.º, n.º2, do CCP) ou, por outras palavras, no caso de a alteração do equilíbrio financeiro do contrato não decorrer da própria álea de risco contratual³⁷³.

3.4. Omissão sobre a determinação da retribuição do município pela cedência das infraestruturas

³⁷² V., relativamente a este aspeto, a análise de um contrato de parceria em particular em FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias...*cit., p. 109.

³⁷³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação...*cit., pp. 546-547; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso...*cit., pp. 78-79.

A gestão unificada do sistema municipal de águas pressupõe a cedência da utilização das infraestruturas por parte do município à entidade gestora para o desempenho do abastecimento de água às populações. O município deverá obter uma remuneração pela cedência, a suportar pela entidade gestora. Esta é aliás, uma diferença relativamente ao que sucede com a constituição dos sistemas multimunicipais, em que a regra é a de que, enquanto durar a *concessão* a concessionária *detém a propriedade dos bens* afetos necessários à prestação do serviço, *que não pertençam ao Estado e aos municípios* (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho).

Contudo, o regime legal omite os critérios para a determinação da retribuição a que têm direito os municípios pela cedência das respetivas infraestruturas, limitando-se a Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho, a incluir no âmbito dos estudos de viabilidade económica as regras relativas ao cálculo da retribuição (Ponto 8).

Ora, esta omissão retira a garantia de que esta retribuição seja efetivamente negociada pelas partes, tirando uma garantia ao município³⁷⁴. Pense-se também na hipótese de existirem municípios que celebrem um contrato de parceria e que tenham dívidas para com o sistema multimunicipal. Será que o município poderá garantir a sua retribuição pela cedência das infraestruturas, encontrando-se em tal situação de dependência? Parece-nos provável que a fraca capacidade do município nessa situação garanta tal direito.

3.5. Preponderância dos estudos de viabilidade económico-financeira na constituição da parceria

O extenso âmbito dos estudos de viabilidade económico-financeira que se contêm na Portaria n.º 706/2009, de 7 de julho, conferem ao modelo de parcerias uma componente tecnocrática que parece substituir-se à componente negocial, pressuposto pela base de consensualidade em que assenta o modelo.

³⁷⁴ Também com uma visão crítica sobre esta omissão, cfr. FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias...*cit., p. 91.

O enfraquecimento da liberdade de estipulação das partes, ditado pela preponderância de critérios técnicos tem o risco de aproximar o modelo de parceria da integração parcial dos sistemas multimunicipais, instituídos através de *contratos de adesão*³⁷⁵.

Há ainda uma questão particular sobre a definição de tarifas. Por um lado, o facto de se incluir na portaria as regras relativas ao cálculo da tarifa a praticar, colocam o problema hipotético de estes estudos se possam substituir aos regulamentos tarifários da competência da entidade reguladora. Perante tal hipótese, cremos que, de novo em homenagem ao princípio da legalidade, tais estudos terão que se conformar com o regulamento tarifário aprovado pela entidade reguladora, já que os poderes desta abrangem os sistemas geridos em regime de parceria, como vimos também, em momento anterior. Por outro lado, e em acréscimo, o facto de o regime legal ser omissivo relativamente ao procedimento de aprovação das tarifas, verifica-se que a sua determinação, nos sistemas de parceria, pode ser totalmente centralizado e pouco transparente.

4. O modelo de integração total como novo paradigma de organização dos serviços?

Depois de nos termos dedicado, na Parte II desta dissertação, a abordar os modelos de organização e os respetivos regimes jurídicos, importa encerrar essa Parte com uma reflexão sobre o modelo de parcerias forma de organização dos serviços, face aos princípios conformadores dos serviços de água que enunciámos na Parte I.

Do reconhecimento do direito humano à água deriva a vinculação da Administração a deveres de *respeito, proteção e promoção* desse mesmo direito. Entre estes, interessa-

³⁷⁵ Criticando a falta de condições de negociação nos contratos celebrados entre o Estado e os municípios, VENANCIO GUTIÉRREZ COLOMINA, *El elemento subjetivo de la contratación local: entidades locales y contratistas. Los convenios interadministrativos y el régimen público de contratos*, in FEDERICO A. CASTILLO BLANCO (coord.), *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, p. 77.

nos particularmente o dever de *promoção*, enquanto *dever* que envolve a dimensão positiva do direito e impõe a adoção de *medidas* por parte da Administração que terão como fim último assegurar a provisão de água e o seu acesso individual pelos cidadãos, compreendendo o direito destes à *boa organização dos serviços*³⁷⁶, mesmo que sujeito à margem de conformação do legislador.

Uma *boa organização* dos serviços dos serviços significa também uma organização que permita assegurar a recuperação dos custos e, estando os serviços de água, *in casu* o município (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), enquanto entidade da Administração, vinculado ao direito humano à água, ele deve privilegiar o mais *apto* do ponto de vista da recuperação dos custos, como corolário do dever de *promover* o direito à água para as gerações presentes e futuras.

Deste modo, por princípio, se o modelo de integração vertical total concretizado no regime de parcerias permitir o aproveitamento de economias de escala através da integração do processo produtivo, comparativamente às demais modalidades de gestão (que não permitem esta integração vertical), o município terá o dever de o adotar, comprovando-se as vantagens da integração, nos termos do respetivo regime (art. 4.º, n.º2).

Com efeito, o modelo organizatório da provisão do abastecimento de água deve ser compreendidos, numa relação funcional – meio - fim – com a *promoção* do direito humano à água, e a organização *eficiente* como um pressuposto da sua realização³⁷⁷.

Por conseguinte, se a organização existente não permite alcançar a eficiência e recuperação dos custos, gerando défices tarifários e, por conseguinte, um elevado nível

³⁷⁶ Cfr. Par. 37 (c) do Comentário-Geral n.º15.

³⁷⁷ Robert Alexy, sustentando a relação de organização como meio de realização dos direitos fundamentais, autonomiza um *direito fundamental à organização*, como posição subjetiva do indivíduo frente ao legislador, a que este edite normas de organização conformes a assegurar a realização de um determinado direito (cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., col. El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 419 e p. 435). Em sentido próximo, sobre a relação entre *procedimento* e *previsão normativa* e *direitos*, cfr. DAVID DUARTE, *A norma da legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discriminariade instrutória*, vol. I, polic., Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 97).

de endividamento³⁷⁸, ela tem que ser como que *adaptada* com o objetivo de garantir essas mesmas eficiência, sob pena de a Administração violar o seu dever de promoção do direito humano à água e a sua responsabilidade para com as gerações futuras³⁷⁹, na fruição desse direito, como decorrência da ideia de *posterioridade do sistema de valores* e *condições materiais* inerente a todos os direitos fundamentais³⁸⁰.

Contudo, não há como negar que a opção por um modelo de integração vertical total representa uma centralização da gestão do abastecimento de água, aqui tornada legítima pelo facto de o modelo de gestão de parceria, a que corresponde a integração vertical total, assentar no princípio da consensualidade, ou seja, pressupor um ato voluntário do município e uma negociação deste com o Estado.

Funcionando como fator de legitimidade da integração total dos serviços, a consensualidade do modelo de parcerias deveria fazer com que o regime legal do modelo de parcerias garantisse uma efetiva liberdade de negociação das partes (Estado e municípios) e uma posição paritária na *coordenação de competências* do município com o Estado sobre a direção e controlo dos atos da entidade gestora. Todavia, o que sucede nesse regime jurídico é que ele não regula as condições através das quais o município exercerá, em coordenação com o Estado, os poderes de direção e sindicabilidade da atuação da entidade gestora, e, em suma, a forma de participação dos municípios na gestão da própria parceria.

Por outro lado, a abrangência dos estudos de viabilidade económica e financeira, associado à falta de densidade normativa do regime legal, acarreta uma erosão da autonomia das partes, i.e. da ideia de *consensualidade* que, por princípio, está subjacente a este modelo, perfilando-se o contrato celebrado como uma espécie de

³⁷⁸ Uma notícia da Visão de 03-05-2012 referia que o défice tarifário do Grupo AdP atingira, no primeiro trimestre do ano de 2012, o valor de 430,2 milhões de euros (cfr. *Água: Défice tarifário do grupo AdP cresceu 38% para 430 milhões de euros*, disponível em <http://visao.sapo.pt/lusa/agua-defice-tarifario-do-grupo-adp-cresceu-38-para-430-milhoes-de-euros=f662224>, consultado em 01-08-2017).

³⁷⁹ Referindo a responsabilidade pelo *endividamento excessivo* como dever para com as gerações futuras, JORGE MIRANDA, *Manual...* cit., t. IV, p. 47.

³⁸⁰ Cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Sustentabilidade...* cit., p. 412.

chancela sobre os critérios técnicos previamente definidos por entidades terceiras às partes³⁸¹.

Sistematizando, a preponderância dos critérios técnicos, associada à falta de densidade normativa do regime legal de parcerias, representa, i) por um lado, um enfraquecimento da posição do município na relação com o Estado, desde logo no exercício da sua liberdade de estipulação³⁸², mas também, no desempenho dos poderes de direção e fiscalização sobre a entidade gestora que o regime lhe comete, de acordo com uma lógica paritária; por outro lado, ii) a indefinição orgânica sobre o exercício destes poderes, representa um risco de centralização de competências com a consequente menor legitimidade democrática do modelo³⁸³.

Por tudo isso, em nosso entender a posição do município está fragilizada neste modelo. Isso resulta com suficiente evidência na parte em que o regime não define a partilha de riscos que recaem sobre cada uma das partes, nem a estrutura da retribuição a pagar aos municípios pela cedência das respetivas infraestruturas.

Sendo o município o titular do sistema municipal de água, a fragilização que o regime pode comportar para a sua posição no contrato, repercute-se no potencial de efetividade do modelo, visto que ele depende da iniciativa do município (art. 7.º, n.º1, al. b), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

Com efeito, conclusão, a *expertocracia* que domina a atuação contemporânea da Administração, aqui associada à falta de densidade normativa e à prevalência dos critérios técnico-financeiros constitui uma encruzilhada da organização dos serviços de água.

³⁸¹ Cfr. JOÃO MIRANDA, *A função...*cit., p. 542.

³⁸² Estas limitações parecem dar razão à crítica de Jean-Marie Pontier, que considera que os contratos celebrados entre o Estado e os municípios nunca são paritários, devido ao ascendente económico daquele sobre estes e ao facto de caber ao Estado a definição das políticas nacionais (cfr. JEAN-MARIE PONTIER, *L'État...*cit., p. 543 e 547).

³⁸³ Sobre a relação entre órgãos representativos e legitimidade democrática das decisões administrativas, v. GOMES CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 290-291.

A organização tem de garantir a *eficácia*, para alcançar uma recuperação dos custos, e ao mesmo tempo a sua *legitimidade democrática*, pois, afinal, a dimensão participativa é uma das faces do direito humano à água, ao defender que sua realização depende de uma participação *plena, livre e significativa, em processos de tomada de decisão, daqueles que são afetados* por estas³⁸⁴, por um lado; e porque é a legitimidade democrática a *finalidade* da descentralização administrativa, ao abrigo do qual se reconhece os sistemas municipais de água como parte do *núcleo duro* das atribuições dos *municípios*³⁸⁵.

Na resolução desta problemática, que está no centro da adoção de um modelo de integração vertical para a organização dos serviços de água, cremos que deve reter-se; em *primeiro lugar*, a ideia de que a sujeição a critérios técnicos e a inerente objetivo de eficiência que a mesma visa, não constitui margem para decisões alheadas dos pressupostos de universalidade e qualidade do serviço. Neste sentido, a sujeição das tarifas a critérios técnicos, bem como dos objetivos de *cobertura e qualidade* a atingir pela entidade gestora³⁸⁶ não deixará de se vincular ao objetivo de aumentar a acessibilidade dos serviços de água onde ela não esteja ainda implementada, mesmo que tal desiderato, dependente da margem de conformação do legislador, importe *concretizações no tempo* e medidas de caráter diferente, consoante os contextos *territoriais e populacionais* dos serviços³⁸⁷.

Na verdade, cremos que descaracterização da função administrativa inerente à dependência de critérios técnicos, a necessidade de eficácia e de adequação da racionalidade do modelo não deixa hipótese alternativa, caso contrário a Administração

³⁸⁴ Cfr. CATARINA DE ALBUQUERQUE, *Manual prático para a realização dos direitos humanos à água e ao saneamento pela relatora especial da ONU, Catarina de Albuquerque*, ed. Relatora Especial das Nações Unidas sobre o direito humano à água potável e ao saneamento, Lisboa, 2014, p. 35.

³⁸⁵ Pode notar-se que a participação cívica e democrática sobre a gestão dos serviços de água é uma das causas dos movimentos a favor da *remunicipalização* de serviços de água que têm surgido um pouco por toda a Europa (especialmente depois do resgate da concessão das águas de Paris), constando dos propósitos estatutários desses mesmos movimentos (cfr. TERESA TORREGROSA MARTÍ/ MARTÍN SEVILLA JIMÉNEZ, *La remunicipalización de los servicios de abastecimiento: ¿Casos aislados o cambio de modelo?*, in MIGUEL ÁNGEL BENITO LÓPEZ (dir.), *Agua y Derecho...*cit., p. 403).

³⁸⁶ Pontos 9 e 10 do Anexo da Portaria n.º 706/2009, de 7 de abril.

³⁸⁷ V. **Parte I, Capítulo II.1.2.**

vai responder pelo não cumprimento dos objetivos³⁸⁸. Mas há que notar que há aspetos que devem pressupor alguma ponderação e que os critérios adotados sob a perspetiva estrita da racionalidade podem não assegurar. É o caso das tarifas para os utilizadores finais, que, sendo certo que deverão observar o dever de recuperação dos custos, também devem encontrar neste um verdadeiro *princípio jurídico*, sujeito a aplicação gradual sempre que esteja em xeque a acessibilidade à água pelos cidadãos, ainda como decorrência da universalidade e jusfundamentalidade do seu direito, como vimos atrás³⁸⁹.

Responder à questão de saber se o modelo de integração vertical total, que no nosso ordenamento tem tradução na modalidade de gestão de parcerias Estado/ municípios, pode representar um novo paradigma de organização dos serviços, substituindo-se ao modelo de integração parcial dos sistemas multimunicipais, implica reconhecer, todavia, que deste regime legal não resulta a demonstração de vantagens deste modelo para os municípios. Assim, apesar da lei consagrar o dever *de adotar a integração vertical total*³⁹⁰, a modalidade de gestão que concretiza esse objetivo revela fragilidades.

É que mesmo que se entenda com a adaptação do modelo e uma solução organizatória mais eficaz signifique a sua centralização – e note-se que a mesma já é evidente, designadamente em matéria tarifária, com os poderes de regulação comportamental exercidos pela entidade reguladora no procedimento de aprovação de tarifas pela entidade gestora –, o forte enraizamento destes serviços nas atribuições locais sempre reclamaria uma maior garantia de participação do município no estabelecimento deste modelo e no seu funcionamento.

Com efeito, como também se referiu anteriormente, a intervenção estadual através da criação de sistemas multimunicipais representa uma forma de intervenção, em que não assiste poder negocial ao município, visto que a relação contratual é estabelecida entre o

³⁸⁸ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 256 e p. 260.

³⁸⁹ V. *supra*, **Parte I, Capítulo I.2.2.**

³⁹⁰ Art. 5.º, n.º3, al. c), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Estado e a empresa pública que irá ser a entidade gestora do sistema multimunicipal, tendo o município uma obrigação de ligação com o sistema, o modelo de parceria deverá ser um modelo diferente, por permitir a integração do processo produtivo num âmbito mais alargado que o modelo anterior, e por estar em causa uma delegação de uma atribuição exclusiva dos municípios, que o Estado não pode *expropriar* dada a existência destes interesses «*situáveis territorialmente*»³⁹¹.

Assim, à guisa de conclusão, a resposta à questão de saber se o modelo de integração vertical total pode consubstanciar como o novo paradigma de organização dos serviços deverá ter uma resposta condicionada. O modelo pode consubstanciar esse novo paradigma quando demonstre vantagens comparativas face ao modelo de integração parcial; todavia deverá assegurar garantias de equilíbrio da relação contratual desde a negociação ao exercício dos poderes das partes envolvidas, para se conformar com o *princípio da participação* compreendido no direito fundamental à água, com a descentralização administrativa e, em última análise, com a posição de igualdade do Estado e dos municípios no ordenamento jurídico.

³⁹¹ Cfr. ANDRÉ FOLQUE, *A tutela...*cit., p. 173.

Reflexões finais

A organização dos serviços de água é conformada por um conjunto de valores, entre os quais se sobrepõe o direito fundamental à água, ao compreender o *direito a uma boa organização dos serviços*.

Este direito comporta deveres de atuação positiva e deveres de abstenção por parte dos poderes públicos, o que o configura como um direito social com dimensão de direito individual («*todos os cidadãos têm direito à água em quantidade suficiente e qualidade segura*», nos termos da Resolução n.º A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010, da ONU), e que, apesar da sua *promoção* depender da reserva do *financeiramente* possível, o mesmo pode ser sindicado pelos tribunais. Do ponto de vista objetivo, o dever de concretização máxima das normas que consagram direitos fundamentais reclama um contínuo aprofundamento da estrutura que permite a fruição desse direito, recaindo na disponibilidade do legislador e, reflexamente, na Administração, a escolha dos meios que considera mais aptos para a prossecução daquele fim, mais centralizado ou mais descentralizado, mais ou menos estatista.

Independentemente da sua forma, a organização dos serviços deve assegurar a acessibilidade dos serviços e a progressiva melhoria contínua do seu desempenho. Na situação em que já exista uma estrutura organizativa que assegura a prestação de abastecimento de água, o *direito à água* é objeto de tratamento pelos poderes jurisdicionais como qualquer outro direito fundamental, valendo aí o princípio da *restrição proporcional*.

A *boa organização* dos serviços de água projeta-se igualmente como aspeto funcional da recuperação dos custos, dever compreendido no princípio do valor económico da água, consagrado na Diretiva-Quadro da Água (art. 9.º, n.º1), que consagra o dever de utilização da água economicamente eficiente e a recuperação dos custos dos serviços.

A recuperação dos custos dos serviços contribui igualmente para a sustentabilidade dos serviços de água e a fruição do direito de acesso à água pelas gerações futuras.

Em termos organizacionais, considerando que o setor da água constitui um serviço de monopólio natural, assente em estruturas de rede, o mesmo caracteriza-se pelo aproveitamento de economias de escala, o que significa que uma organização que não detenha capacidade para o aproveitamento de economias de escala, será uma organização tendencialmente incapaz para alcançar a recuperação dos custos.

A importância da recuperação dos custos dos serviços é igualmente indissociável da finalidade de assegurar a *sustentabilidade* do acesso à água e a sua fruição pelas gerações futuras. A ausência de recuperação de custos leva ao surgimento de défices tarifários, provocando o endividamento dos sistemas, que, em última análise se irá refletir no endividamento do Estado, e numa diminuição de oportunidades de escolha e de condições materiais da prestação dos serviços. Na ótica de aplicação deste princípio, a Administração deverá incluir os interesses das gerações futuras no seu direito de acesso à água, o que traduz o valor de posterioridade deste direito. O direito humano à água significa fruir de um acesso aos serviços de água no presente e assegurar o mesmo direito às gerações futuras.

Finalmente, a *boa organização* dos serviços releva ainda como manifestação do princípio da eficiência e da boa-administração, no sentido em que os serviços devem pautar-se por uma forma de organização e de gestão que seja racional e eficiente para cumprir com aquele objetivo, sem prejudicar o cumprimento das obrigações de serviço público a que se encontram adstritos. A obrigação de recuperação dos custos pelos serviços de água se refere apenas aos que são gerados num cenário de eficiência produtiva (art. 21.º, n.º2, do Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais), não se afigurando justificável que os custos gerados por um sistema ineficiente onerem a posição dos utilizadores presentes e das gerações futuras.

O princípio da eficiência e o dever de boa administração constitui primordialmente um parâmetro jurídico de controlo da atividade administrativa, com indiscutíveis efeitos

jurídicos intra-administrativos, mas quando oferece critérios jurídicos precisos pode ser sindicável pelos tribunais (v.g. o cumprimento de obrigação de sujeitar a estudos de viabilidade económico-financeira a escolha de um determinado modelo de gestão).

Por outro lado, face à dimensão social da prestação dos serviços de água, a recuperação de custos deve ser, também ela, sustentável, de modo a que o cumprimento de tal dever não coloque em xeque a universalidade do abastecimento de água, nem a quebra dos níveis de qualidade de água exigidos para o consumo humano. Neste sentido, o dever de recuperação dos custos pode assumir também um carácter de princípio jurídico, i.e. ser entendido um mandado de otimização, sujeito a uma ponderação sobre a sua aplicação, que atenda aos condicionalismos fáticos e jurídicos em presença, e não uma prescrição de exigência imediata como se fosse uma comum regra jurídica.

O modelo de organização dos serviços de água não se desliga da própria organização político-administrativa do território e da sua tendência descentralizadora, com vista a alcançar uma aproximação dos serviços às populações. Como serviços que exercem uma função materialmente administrativa, os serviços públicos de água, encontram-se, nos termos da Constituição, sujeitos ao princípio da aproximação dos serviços às populações, nos termos do art. 267.º, n.º1, da CRP, o que fundamenta a sua estrutura descentralizada (art. 267.º, n.º2, da CRP).

Cabe atender que, de modo geral, o próprio princípio da descentralização é limitado pela eficácia e unidade de atuação da Administração (art. 267.º, n.º2). Neste caso, a atividade da produção e distribuição de água para consumo humano envolve obras infraestruturais de grande dimensão, operações de financiamento complexo e de montante avultado, e além disso, a necessidade de cumprir com exigentes padrões de saúde e qualidade ambiental. Daí que estejamos perante uma matéria que, tendo uma dimensão local – o que se consubstancia logo na ligação domiciliária dos serviços de água –, assume igualmente uma projeção nacional, dada a importância supralocal dos interesses envolvidos na captação, tratamento e distribuição de água que precede a sua

chegada às habitações. Estas características fundamentam uma *descentralização limitada* da atual organização institucional dos serviços de água.

Do ponto de vista objetivo, os serviços públicos de água são *serviços de interesse económico geral* (SIEG), conceito gerado pelo Direito da União Europeia que domina hoje o conceito material de serviço público nos Estados-membros da UE, de acordo com dois eixos – o da liberalização económica e, por contraposição a este, a sujeição às obrigações de serviço público, sob controlo de um regulador.

Não obstante, a respeito do eixo económico, quanto ao setor da água em particular, verifica-se que o mesmo tem merecido um tratamento especial por parte das instâncias europeias, respaldando assim a tradição da Europa continental de provisão destes serviços como responsabilidade pública. Neste sentido, a legislação em matéria de contratos públicos não se aplica aos casos em que as autoridades locais decidam prestar elas próprias os serviços, através de uma empresa comum ou por intermédio de uma empresa associada e a Diretiva Concessões exclui do seu âmbito de aplicação os serviços de água, face à importância da água como bem público.

Quanto à dimensão social do conceito de serviço público, as obrigações de serviço público corporizam uma proteção que, que completa, do ponto de vista objetivo, a tutela do próprio direito à água, já que decorre do Direito da União Europeia um conjunto de princípios conformadores de serviço público (*obrigações de serviço público*), de que se destacam a universalidade e a igualdade, como igualdade de acesso ou igualdade de oportunidades, enquanto garantia de uma vida com dignidade e saúde, objetivo em que os serviços de água desempenham um papel preponderante.

A evolução dos modelos de administração dos serviços de água demonstra, por um lado a presença constante do Estado no exercício de tarefas relacionadas com o serviço de abastecimento de água pelos municípios, e a evolução para uma progressiva integração vertical, o que se traduz numa tendência de centralização da repartição vertical de atribuições no Estado.

Essa centralização manifesta-se por um lado na extensão da atribuição sobre o abastecimento de água à esfera estadual, por determinação legislativa, com a criação da figura dos sistemas multimunicipais, e por outro, no alargamento da intervenção da entidade reguladora, cujos poderes de regulamentação comportamental limitam a competência tarifária dos serviços municipais.

Porém, deve reter-se da nossa exposição que todos os modelos de organização dos serviços de água comportam intervenção do Estado.

O modelo de organização não integrada coloca a gestão integral do abastecimento de água na esfera municipal, existindo em todas as situações em que o serviço não esteja abrangido por sistemas multimunicipais. É herdeiro das competências de fomento do município na construção de redes e da atribuição do Código Administrativo de 1936, que consagrou a responsabilidade municipal na gestão dos serviços. Neste modelo o Estado intervém na qualidade de financiador ou auxiliador, por vezes através de contrato.

O modelo de integração parcial é o modelo criado pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, e que veio permitir, mediante a verificação de *razões de interesse nacional*, a intervenção direta do Estado na administração serviços, de forma limitada, às atividades de captação, armazenagem e distribuição de água nas redes municipais.

O modelo de integração total tem correspondência na modalidade de gestão em regime de parceria entre Estado e municípios (art. 7.º, n.º1, al. b) do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), através do qual o município delega as respetivas competências no Estado, disciplinando o seu exercício por contrato, passando o serviço a ser gerido por uma empresa do setor empresarial do Estado, que pode ser sistema multimunicipal já constituído.

Independentemente de os sistemas municipais serem ou não servidos por sistemas multimunicipais, estão sujeitos aos poderes de regulação comportamental da entidade gestora. Esta detém poderes de aprovação de regulamentos tarifários e de se substituir

aos municípios quando as respetivas tarifas não se conformem com as disposições regulamentares. Estes poderes devem considerar-se admitidos pela razão de a Constituição não limitar as modalidades de tutela, desde que se limitem à verificação da legalidade, o que compreenderá além dessa verificação a substituição da medida ilegal (depois de um processo com direito de contraditório), sem que se vislumbre uma violação do núcleo essencial da autonomia local.

Confrontando o modelo de integração parcial com o modelo de integração total, verifica-se, em primeiro lugar, uma diferença nos seus regimes de instituição. O modelo de integração parcial, traduzido na criação dos sistemas multimunicipais, por estarem em causa interesses com relevância supramunicipal – *razões de interesse nacional*, na fórmula do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho –, permite ao Estado legitimidade para a criação daqueles sistemas e o estabelecimento de uma obrigação de ligação por parte dos municípios servidos. O Estado está atuar como titular de uma atribuição própria no domínio da administração da água. Já no modelo de integração vertical total, por estar em causa o abastecimento direto às populações o mesmo pressupõe um ato (voluntário) de delegação de competências do município a favor do Estado, bem como o estabelecimento de uma relação contratual entre ambos.

Deve ressaltar-se ainda, que face aos dados constitucionais que conformam o setor, os casos excecionais de chamada *distribuição direta* existentes no modelo de integração parcial, têm pressupostos muito específicos, dirigindo-se a grandes consumidores, e o abastecimento de água ao concelho de Lisboa constitui uma situação histórica de atribuição originária do Estado, sem que se possa afirmar que a EPAL configure um sistema multimunicipal.

Posto isto, a integração vertical total pressupõe a contratualização de competências, isto é, pressupõe *consensualidade*. Por conseguinte, há duas notas características principais a reter sobre os contratos que instituem a parceria. Por um lado, o facto de estar vedado a este tipo de contratos transigir sobre o modelo de organização administrativa no que

respeita à repartição e titularidade de atribuições e competências; por outro lado, o facto de o contrato de parceria estabelecer uma relação de colaboração, que não comporta uma relação de subordinação de nenhum dos sujeitos-parte (Estado e municípios), cabendo a ambas exercer poderes de direção e fiscalização sob a entidade gestora.

A estrutura da repartição vertical das atribuições não é colocada em xeque neste modelo, já que apenas o exercício da competência é transferido, mesmo que a delegação importe mutações nas relações interadministrativas entre Governo e município, mais precisamente no exercício dos poderes de tutela por parte daquele. Sucede, todavia, que a delegação de competências tem de ser contratualmente regulada, por lhe ser inaplicável o regime do CPA, face à independência das pessoas coletivas envolvidas (Estado e município).

A respeito do conteúdo do contrato, cabe notar que a falta de densidade normativa do regime legal leva a que muitas matérias sejam reguladas por composição contratual, devendo as partes dispor de liberdade de negociação e de efetivos poderes de negociação.

Assim, o contrato de parceria produzirá efeitos normativos, procedimentais e organizacionais. Efeitos normativos, visto que lhe cabe instituir a exploração em regime de parceria, indo o contrato disciplinar diversos aspetos que se encontram omissos no regime legal, tais como a estrutura das tarifas a aplicar aos utilizadores finais; a repartição dos riscos entre os sujeitos-parte; a definição dos termos em que se extingue a parceria; a retribuição do município parceiro pela utilização das infraestruturas pela entidade gestora da parceria; as bases do contrato de gestão, às quais cabe identificar os objetivos que vinculam a atuação da entidade gestora, em termos de objetivos a atingir quanto à qualidade do serviço e cobertura do serviço.

Efeitos procedimentais, na medida em que o contrato deverá regular o exercício dos poderes de fiscalização, direção, autorização, aprovação e suspensão de atos da entidade gestora.

Efeitos organizativos, porque pressupõe e disciplina, uma delegação de competências do município a favor do Estado, o que irá alterar a relação entre as partes contraentes, fazendo com que o município passe a partilhar com o Estado poderes de direção sobre a entidade gestora do serviço municipal.

Correlacionados com escassa densidade normativa e a omissão de aspetos estruturantes para o funcionamento da modalidade de gestão em causa, o regime legal de parcerias apresenta diversos aspetos críticos.

Entre estes, avultam, por um lado, o facto de a parceria a instituir assentar numa delegação de competências, que é por natureza um ato precário, ainda que funcionalizado à duração da parceria, como se contém no regime, faria supor que do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 11 de julho, resultaria um prazo de vigência-limite para o contrato de parceria. Uma vez que não tal duração não resulta do regime, o mesmo, pode suceder, pelo menos em tese, permitir-se ao contrato (ato de categoria inferior à lei), contornar o princípio da alienabilidade da competência resultante, desfigurando a delegação de competências como mera transferência de exercício de competências, e convolvendo-a numa (ilegal) transferência de titularidade de competências. Posto isto, a omissão do período de vigência da parceria vicia de inconstitucionalidade material esse diploma, por violação do princípio da reserva material de lei; assim como será, materialmente inconstitucional a cláusula contratual (normativa) que não definir o período de vigência.

Por outro lado, se o exercício dos poderes de direção e fiscalização de atuação da entidade gestora, conaturais do carácter administrativo e que o regime legal de parcerias (art. 6.º, n.2) prevê que sejam exercidos de acordo com uma lógica *paritária* por Estado e município, não tem no regime uma garantia dessa mesma paridade. Sendo a entidade gestora integrada no setor empresarial do Estado, ela estará sujeita a poderes deste que advenham dessa relação, mas nos termos do contrato de parceria, a omissão de previsão

de uma *comissão paritária* e da respetiva competência e composição, faz com que não se vislumbre a forma de exercício dos poderes em causa por parte do município. Por outras palavras, ao não disciplinar a instalação e regulamentação do funcionamento da comissão paritária, o regime legal de parcerias comporta o risco de fazer com que a entidade gestora venha a desempenhar o serviço à margem do controlo do município.

Finalmente, considerando, por um lado, que a constituição da parceria supõe a sujeição do seu projeto a estudos de viabilidade económica e financeira, com um âmbito abrangente, que inclui a matéria tarifária, os objetivos de cobertura e de qualidade do serviço e a retribuição do município pela cedência de infraestruturas; e, por outro, que o regime legal do contrato de parceria apresenta uma escassa densidade normativa, o que leva a crer que o contrato de parceria e de gestão sejam informados de forma substancial por critérios técnicos; vislumbra-se que a liberdade de estipulação das partes fique comprometida neste modelo, e que o pendor tecnocrático se imponha sobre dimensão *consensual* do modelo.

O modelo de integração vertical total concretizado no regime legal de gestão de serviços de água em parceria encontra-se comprometido enquanto paradigma de organização dos serviços, face aos aspetos críticos daquele regime, que apresenta um fraca garantia de tratamento do município em relação de igualdade com o Estado no exercício da sua liberdade de estipulação e no exercício de poderes de direção e fiscalização, em condições de paridade com o Estado, sobre a atuação da entidade gestora. Em última análise, o modelo comporta o risco de transferência de competências para o Estado, eliminando a possibilidade de participação efetiva na gestão do serviço, sob o véu do contrato de parceria e da *consensualidade*. Um olhar prospetivo sobre o futuro da organização dos serviços recomendaria, pois, um aperfeiçoamento do regime legal do modelo de gestão em parceria, com a vista a suprir os seus aspetos críticos e a colocar esse modelo como uma opção vantajosa para os serviços de água e para os cidadãos.

Bibliografia

Monografias e artigos

ALEXANDRA ARAGÃO, *Water Pricing and Cost Recovery in Water Services in Portugal*, in JEE&P, vol. 10, issue 4, 2013.

ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2011.

_____, *Parcerias Público-Públicas*, in EDUARDO PAZ FERREIRA/ NUNO CUNHA RODRIGUES (coord.), *Novas fronteiras da contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

_____, *As formas contratuais de cooperação entra a Administração Central e a Administração Local*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A protecção dos Direitos Fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia*, in PAULO DE PITTA E CUNHA (dir.), in REE, ano 1, n.º2, *A Constituição Europeia e Portugal*, AIEE/ IEFDUL, Lisboa, 2007.

_____, *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Relatório – Programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático*, Almedina, Coimbra, 2011.

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A delegação administrativa do poder regulamentar em entidades privadas (algumas questões)*, in *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2013.

_____, *A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo Português*, in *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2013.

ANDRÉ FOLQUE, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios (condicionalismos constitucionais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Da delegação de poderes em direito administrativo*, in MARCELLO CAETANO (dir.), *O Direito*, ano 92, n.º 2-3, Lisboa, 1960.

ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Delegação de poderes*, in CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2016.

ANTONIO FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomia local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

_____, *A EDP, os municípios e o Governo. Tutela administrativa – Reserva de jurisdição – Ac. do TC n.º 260/98, P. 418/93, de 5.4.1998*, in ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA (dir.), CJA, n.º 9, maio/junho, CEJUR, Braga, 1998.

_____, *Quase 40 anos de democracia local: um período sem paralelo na história político-administrativa de Portugal*, in ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA (dir.), QADL, n.º3, julho/setembro, AEDRL, 2014.

ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Perspectivas de reorganização institucional dos serviços de água*, in JOÃO MIRANDA/ ANA LUÍSA GUIMARÃES, ANTÓNIO LEITÃO AMARO, MARK KIRKBY (coord.), *Direito da Água*, ICJP-FDUL/ ERSAR, Lisboa, 2013.

_____, *O princípio constitucional da sustentabilidade*, in PAULO OTERO/ FAUSTO DE QUADROS/ MARCELO REBELO DE SOUSA (coord.), *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

ANTÓNIO LUCIANO DE SOUSA FRANCO, *Finanças do sector público: introdução aos subsectores institucionais*, AAFDL, Lisboa, 1991.

BERNARD BARRAQUÉ, *As Políticas da Água na Europa*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996.

CARLA AMADO GOMES, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública, vol. I, CEDIPRE, Coimbra, 2004.

_____, *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

_____, *Estado Social e concretização de Direitos Fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, in RFDUP, ano VII, número especial, Porto, 2011.

_____, *Introdução ao Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2012.

_____, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, *Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental*, in CARLA AMADO GOMES (coord.), *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2005.

CARLOS BLANCO DE MORAIS, *A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português*, in ROA, ano 58, vol. II, junho, Lisboa, 1998.

CARLOS BOTELHO MONIZ/ EDUARDO MAIA CADETE, *Água e Saneamento*, in CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL (ed.), *Os Serviços de Interesse Económico Geral (Estudos Sectoriais)*, CES, Lisboa, 2006.

CARLOS GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, *Los retos del Derecho del Agua*, in FRANCISCO SOSA WAGNER (coord), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. III, Tirant to Blanch, Valencia, 2000, p. 3813.

CATARINA DE ALBUQUERQUE, *Manual prático para a realização dos direitos humanos à água e ao saneamento pela relatora especial da ONU*, Catarina de Albuquerque, Relatora Especial das Nações Unidas sobre o direito humano à água potável e ao saneamento, Lisboa, 2014.

_____, *On the right track. Good practices in realising the rights to water and sanitation*, ERSAR, Lisboa, 2012.

CLÁUDIA VIANA, *O Princípio da Eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública*, in RFDUP, Ano VII, número especial, Porto, 2011.

CRISTINA QUEIROZ, *A Proteção Internacional dos Direitos do Homem*, in RFDUP, vol. X, Coimbra, 2013.

DAVID DUARTE, *A norma da legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discriminariedade instrutória*, vol. I, polic., Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

_____, *Lei-medida e Democracia social*, in SI, t. XLI, n.º 235-237, janeiro-junho, Coimbra, 1992.

DAVID H. GETCHES/ SANDRA B. ZELLMER/ ADELL L. AMOS, *Water Law in a nutshell*, 5.^a ed., West Academic Publishing, St. Paul, MN, 2015.

DAVID HALL, *Water in Public Hands*, Public Services International Research Unit, University of Greenwich, 2001, disponível em www.world-psi.org
[http://www.municipalservicesproject.org/sites/default/files/EN_Water in Public Hands.pdf](http://www.municipalservicesproject.org/sites/default/files/EN_Water_in_Public_Hands.pdf).

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

_____, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.

EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, vol. I – *Conceito e fontes*, AAFDL, Lisboa, 2015.

EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA, *El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacionales*, 1.^a ed., Iustel, Madrid, 2012.

EDUARDO MAIA CADETE, *Concorrência e serviços de interesse económico geral*, Principia, Cascais, 2005.

EDUARDO PAZ FERREIRA, *Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado*, Almedina, Coimbra, 1995.

ENOCH ALBERTI ROVERA, *Los Convenios entre Estado y las Comunidades Autónomas*, in ADCP, n.º2, Asamblea Regional de Murcia – Universidad de Murcia, 1990.

FAUSTO DE QUADROS, *Serviço Público e Direito Comunitário*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

FERNANDA MAÇÃS, *As parcerias Estado/ autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in RCP, n.º3, dezembro de 2011, CEDIPRE, Coimbra, 2011.

_____, *Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos*, in LUÍS SILVA MORAIS/ EDUARDO PAZ FERREIRA/ GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), Almedina, Coimbra, 2009.

FERNANDO ALVES CORREIA, *Formas jurídicas de cooperação intermunicipal*, in BFDUC, número especial – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. I, Coimbra, 1984.

FERNANDO SAÍNZ MORENO, *Competencias en materia de abastecimiento de agua y saneamiento*, in FRANCISCO SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Tirant to blanch, Valencia, 2000.

GEORGE S. MCGRAW, *Defining and Defending the Right to Water and Its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence*, in LUCILR, vol. 8, Issue 2, Primavera/Verão, 2011, Chicago, disponível em <http://lawcommons.luc.edu/lucilr/vol8/iss2/3>.

GILDO ESPADA, *O Direito Humano à Água*, in *III Congresso do Direito de Língua Portuguesa. Justiça, desenvolvimento e cidadania*, Almedina, Coimbra, 2014.

GOMES CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.

_____, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ªed., Almedina, Coimbra, 2003.

_____, *O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional*, in *Tékhnē*, vol. VIII, nº 13, 2010.

GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Anotação ao art. 16.º, in Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I – art. 1.º a 107.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, *Anotação ao art. 112.º, in Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II – Arts. 108.º a 296.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

_____, *Anotação ao art. 237.º, in Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II – Arts. 108.º a 296.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

_____, *Anotação ao art. 243.º, in Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II – Arts. 108.º a 296.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

_____, *Anotação ao art. 267.º, in Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II – Arts. 108.º a 296.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

INGA T. WINKLER, *The human right to water. Significance, legal status and implications for water allocation*, Oxford and Portland, Hart, Oregon, 2014.

ISABEL ANDRADE, *Provisão e financiamento dos serviços de águas e resíduos*, in PAULO TRIGO PEREIRA/ RUI DIAS/ MIGUEL ALMEIDA (coord.), *Autarquias Locais: democracia, governação e finanças*, Almedina, Coimbra, 2016.

_____, *Relação das entidades gestoras com os utilizadores dos serviços de águas e resíduos*, ERSAR, Lisboa, 2012.

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA, *Sobre la regulación de los servicios urbanos del agua*, in MIGUEL ÁNGEL BENITO LÓPEZ (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI. Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw*, Congreso Internacional de Derecho de Agua, Alicante, octubre 2014, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015.

JAE HONG KIM/ TIMOTHY D. KEANE/ ERIC A. BERNARD, *Fragmented local governance and water resource management outcomes*, in JEM, 150, 2015.

JAIME DE MELO BAPTISTA/ RAFAELA SALDANHA MATOS/ JOÃO C. RODRIGUES PENA, *Regulamentação e Normalização Técnica no Domínio do Saneamento Básico*, col. Informação Técnica. Hidráulica, LNEC, Lisboa, 1987.

JOÃO MIRANDA, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

_____, *Para onde vai o Direito da Água*, in PEDRO CUNHA SERRA (coord.), *Políticas Públicas da Água*, APRH, Lisboa, 2016.

JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

_____, *Regulação das águas e resíduos em Portugal*, in BFD, vol. LXXXV, Coimbra, 2009.

JOÃO CAUPERS, *A Administração Periférica do Estado. Estudo de Ciência da Administração*, Lisboa, 1994.

JOÃO SIMÃO PIRES, *O futuro dos serviços públicos de água: experiências internacionais*, in JOÃO MIRANDA/ ANA LUÍSA GUIMARÃES, ANTÓNIO LEITÃO AMARO, MARK KIRBBY (coord.), *Direito da Água*, ICJP-FDUL/ ERSAR, Lisboa, 2013.

JOÃO HOWELL PATO, *História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal*, série Estudos 2, ERSAR, Lisboa, 2011.

_____, *Políticas públicas da água em Portugal: do paradigma hidráulico à modernidade tardia*, in AS, 206, XLVIII (1.º), 2013, ICS, Lisboa.

JOANA PEREIRA MENDES, *Direito Administrativo da Água*, in PAULO OTERO/ PEDRO COSTA GONÇALVES (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009.

JEAN-MARIE PONTIER, *L'Etat et les collectivites locales: la repartition des competences*, LGDJ, Paris, 1978.

JORGE MIRANDA, *Comentário ao art. 16.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I – *Introdução Geral, Preâmbulo – Arts. 1.º a 79.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, *Comentário ao art. 199.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, t. II – *Organização económica, Organização do poder político – Arts. 80.º a 201.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____, *Comentário ao art. 237.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada*, t. III – *Organização do poder político, Garantia e revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias – Arts. 202.º a 296.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, *Comentário ao art. 267.º*, in JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS (coord.), *Constituição Portuguesa Anotada* t. III – *Organização do poder político, Garantia e*

revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias – Arts. 202.º a 296.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª ed., Principia, Cascais, 2016.

_____, *Direito da Economia*, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1983.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV – *Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, t. V – *Actividade Constitucional do Estado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

_____, *O Jus-Universalismo na Constituição Portuguesa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos*, in MÁRIO RAMOS PEREIRA SILVA, LEÃO DE PINA/ PAULO MONTEIRO JR., *Estudos em comemoração do quinto aniversário do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais*, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, Praia, 2012.

_____, *Sentido e conteúdo da lei como acto da função legislativa*, in JORGE MIRANDA (org.), *Nos dez anos da Constituição*, INCM, Lisboa, 1986.

JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

JORGE SILVA SAMPAIO, *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A determinação das atribuições das autarquias locais*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

_____, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A Construção Dogmática*, Almedina, Coimbra, 2006.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

_____, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar e reserva de lei*, in BFD, número especial – *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró*, vol. I, Coimbra, 1984.

_____, *Lições de Direito Administrativo*, 4.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

_____, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *A Autonomia Local (alguns aspectos gerais)*, in BFD, número especial – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró*, vol. II, Coimbra, 1993.

JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, *El abastecimiento a poblaciones como servicio publico*, in ANTONIO EMBRID IURJO (dir.), *Agua y ciudades*, Thomson, Madrid, 2012.

LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, *Fresh Water in International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2013.

L. VEIGA DA CUNHA/ A. SANTOS GONÇALVES/ V. ALVES DE FIGUEIREDO/ MÁRIO LINO, *A Gestão da Água. Princípios fundamentais e sua aplicação em Portugal*, FCG, Lisboa, 1980.

LUCIANO PAREJO ALFONSO, *La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos*, in FRANCISCO SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Tirant to blanch, Valencia, 2000.

LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo*, Quid Iuris, Lisboa, 2012.

LUÍS LEITE PINTO, *História do Abastecimento de Água a Lisboa*, INCM, Lisboa, 1972.

MANUEL AFONSO VAZ, *Nacionalizações e privatizações*, CEF, Lisboa, 1988.

MARCOS LEITE GARCIA, *Sustentabilidade e Direitos Fundamentais à Saúde: a questão da qualidade da água para consumo humano*, in GERMANA DE OLIVEIRA MORAES/ WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR/ ÁLISON JOSÉ MAIA MELO (org.), *As Águas da Unasul na Rio+20. Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro*, Editora CRV, Curitiba, 2013.

MARCELLO CAETANO, *A codificação administrativa em Portugal: um século de experiência – 1836-1935*, Imprensa, Lisboa, 1935.

_____, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 1991.

MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo geral*, t. I – *Introdução e princípios fundamentais*, 2.^a ed., Publicações Dom Quixote, Alfragide, 2004.

_____, *Direito Administrativo geral*, t. III – *Contratos Públicos*, 2.^a ed., Publicações Dom Quixote, Alfragide, 2008.

MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *O lugar do Direito na proteção do ambiente*, Almedina, Coimbra, 2015.

MARIA DE FÁTIMA SCHUMACHER WOLKMER/ MILENA PETTERS MELO, *O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional*, in GERMANA DE OLIVEIRA MORAES/ WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR/ ÁLISON JOSÉ MAIA MELO (org.), *As Águas da Unasul na Rio+20. Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro*, Editora CRV, Curitiba, 2013.

MARIA DO ROSÁRIO ANJOS, *Por uma protecção jurídica efectiva dos direitos dos cidadãos a serviços públicos essenciais*, in JOÃO REIS/ LEAL AMADO/ LIBERAL FERNANDES/ REGINA REDINHA (org.), *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012.

_____, *Concessão de Serviços Públicos – que futuro?*, in JOSÉ LUÍS MARTINEZ LÓPEZ-MUÑOZ/ FAUSTO DE QUADROS (coord.), DJ, vol. especial – *VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005.

MICHEL PRIEUR, *Les entreprises publiques locales*, Berger-Levrault, Paris, 1969.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007.

_____, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*, in CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2015.

NUNO PIÇARRA, *A reserva de Administração*, in INOCÊNCIO GALVÃO TELES (dir.), *O Direito*, a. 122, n.º3-4, julho/dezembro, Sociedade Internacional de Promoção de Ensino e Cultura, Lisboa, 1990.

PAULO CANELAS DE CASTRO, *O Direito Humano à Água à luz do Comentário-Geral n.º15 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas*, in RILP, III Série, n.º22 – *A Gestão da Água e dos Recursos Hídricos para o Desenvolvimento*, AULP, Lisboa, 2009.

_____, *The future of international water law, in Shared Water Systems and Transboundary Issues with special emphasis on the Iberian Peninsula*, in EVAN VLACHOS/ FRANCISCO NUNES CORREIA (coord.), FLAD, Lisboa, 1999.

PAULO OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

_____, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2007.

_____, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. II, LEX, Lisboa, 1995.

_____, *Principales tendencias del Derecho de la organización administrativa en Portugal*, in DA, n.º 257-258, maio/ dezembro, 2000, disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5530>.

PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina, Coimbra, 1999.

_____, *Direito Administrativo da Regulação*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano (no Centenário do seu Nascimento)*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

_____, *O novo regime jurídico da tutela administrativa do Estado sobre as Autarquias Locais*, CEFA, 1997.

PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977.

RAMON MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1991.

RAMÓN TAMAMES GÓMEZ/ RAMIRO AURÍN LOPERA, *Gobernanza y gestion del agua: modelos público y privada*, Profit Editorial, Barcelona, 2015.

RENATO BRIGANTI, *Il Diritto al Acqua: tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2012.

ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed., col. El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

RUI CUNHA MARQUES, *A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. Uma perspectiva internacional*, ERSAR, Lisboa, 2011.

RUI CUNHA MARQUES/ SANFORD BERG, *Revisiting the strengths and limitations of regulatory contracts in infrastructuring industries*, Munich Personal RePEc Archive, Munique, 2010.

RUI MACHETE, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrakes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000.

RUI MEDEIROS, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade*, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____, *Raízes e contexto do sistema binário entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais no setor da água e perspetivas de futuro*, in JOÃO MIRANDA/ ANA LUÍSA GUIMARÃES, ANTÓNIO LEITÃO AMARO, MARK KIRKBY (coord.), *Direito da Água*, ICJP-FDUL/ ERSAR, Lisboa, 2013.

RUI TAVARES LANCEIRO, *O auxílio administrativo*, in CARLA AMADO GOMES/ ANA FERNANDA NEVES/ TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2016.

SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A delimitação de sectores na jurisprudência da comissão e do tribunal constitucional: uma perspectiva financeira*, Sep. RFDUL, vol. n.º 34, FDUL, Lisboa, 1993.

SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011.

TERESA TORREGROSA MARTÍ/ MARTÍN SEVILLA JIMÉNEZ, *La remunicipalización de los servicios de abastecimiento: ¿Casos aislados o cambio de modelo?*, in MIGUEL ÁNGEL BENITO LÓPEZ (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI: Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw*, Congreso Internacional de Derecho de Agua, Alicante, octubre 2014, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2015, p. 403.

VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

_____, *Verde cor de direito. Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002.

_____, *Verdes são também os direitos do homem: publicismo, privatismo e associativismo no direito do ambiente*, in SI – Colloquia - Sep. BFD - Portugal-Brasil, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

VICTORIA EUGÉNIA SÁNCHEZ GARCÍA, *El agua que bebemos: La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*, Dykinson, Madrid, 2014.

VENANCIO GUTIÉRREZ COLOMINA, *El elemento subjetivo de la contratación local: entidades locales y contratistas. Los convenios interadministrativos y el régimen publico de contratos*, in FEDERICO A. CASTILLO BLANCO (coord.), *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996.

VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Auto-Regulação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

VITAL MOREIRA/ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Concessão de Sistemas Multimunicipais e Municipais de Abastecimento de Água, de Recolha de Efluentes e de Resíduos Sólidos*, in VITAL MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

WHO, *Guidelines for drinking-water quality*, 4.^a ed., WHO, 2011.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Ac. do TJUE de 19 de maio de 1993 – Processo Penal contra Paul Corbeau, proc. n.º C-320/91, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CJ0320:FR:HTML>, consultada em 01-02-2017.

Ac. do TJUE de 11 de setembro de 2014 — Comissão Europeia c. República Federal da Alemanha, proc. n.º C-525/12, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-525/12&language=PT> , consultado em 20-03-2017.

Jurisprudência do Tribunal Constitucional

Ac. n.º 76/88, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/285283/details/maximized>, consultado em 18-04-2017.

Ac. n.º 373/91, de 6 de novembro, disponível em <http://data.dre.pt/eli/ac/373/1991/11/06/p/dre/pt/html>, consultado em 01-07-2017.

Ac. n.º 432/93, de 18 de agosto, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1993&numero_actc=432, consultado em 10-04-2017.

Ac. n.º 260/98, de 5 de março, disponível em <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980260.html>, consultado em 02-06-2017.

Ac. n.º 329/99, de 2 de junho, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1999&numero_actc=329, consultado em 10-04-2017.

Ac. n.º 666/06, de 5 de dezembro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060666.html>, consultado em 07-01-2017.

Decisões da Comissão Europeia

Decisão n.º 82/371, da Comissão, de 17 de dezembro de 1981, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31983D0667>, consultada em 01-02-2017.

Comunicações da Comissão Europeia

COM (96) 443, de 11 de setembro, disponível em <http://aei.pitt.edu/6281/>, consultada em 01-02-2017.

COM (2000) 580, de 20 de setembro, disponível em <http://aei.pitt.edu/45890/>, consultada em 01-02-2017.

COM (2014) 177 final, de 19 de março, disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-177-PT-F1-1.Pdf>, consultada em 01-02-2017.

COM (2003) 0270 final (Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral), de 21 de maio, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52003DC0270>, consultada em 01-02-2017.

COM (2015) 120 final (*A Diretiva-Quadro Água e a Diretiva Inundações: ações tendentes à consecução do «bom estado» da água na UE e à redução dos riscos de inundações*), de 9 de março, disponível em http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/pdf/4th_report/COM_2015_120_pt.pdf, consultado em 01-03-2017.

Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República

Parecer n.º P000022007, de 11 de setembro de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/1fcd95765a34f4538025726b0042ac3e?OpenDocument&ExpandSection=-2>, consultado em 01-04-2017.

Parecer n.º 46/2002, de 16 de janeiro de 2003, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/445aea401cc946b180256be3005466a5?OpenDocument>, consultado em 01-02-2017.

Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º P000041996, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/04386df6481c56c480256617004210ee?OpenDocument>, consultado em 12-04-2017

Outros pareceres jurídicos

GOMES CANOTILHO, Parecer sobre a constitucionalidade da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, que aprova os Estatutos da ERSAR, e da Lei n.º 12/2014, de 6 de março, que procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, solicitado pela ANMP, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=37438>, consultado em 02-04-2017.

MARCELO REBELO DE SOUSA, *Distribuição pelos Municípios de Energia Elétrica de Baixa Tensão*, in Separata Colectânea de Jurisprudência, ano V, Lisboa, 1988.

Relatórios

APDA, *Água e Saneamento. O mercado e os preços – 2016*, Lisboa, 2016.

WHO/ WORLD BANK, *Portugal. Water supply and wastes disposal sector study: report*, World Health Organization, World Bank Cooperative Programme, Genova, 1977.

WORLD WATER COUNCIL, *Report of the World Panel on Financing Water Infrastructure – Financing Water For All*, disponível em <https://www.oecd.org/greengrowth/21556665.pdf>, consultado em 28-12-2016.

Resoluções

Resolução n.º A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292, consultada em 02-01-2017.

Resolução n.º A/RES/54/175, de 17 de dezembro de 1999, adotada pela Assembleia-Geral da ONU, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175, consultada em 20-12-2016.

Comentários-Gerais

Comentário-Geral n.º 15, sobre o direito humano à água, de 29 de novembro de 2002, disponível em http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf, consultado em 02-01-2017.

Comentário-Geral n.º 3 sobre a natureza das obrigações dos Estados (art. 2.º, par. 1), de 14 de dezembro de 1990, disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>, consultado em 04-01-2017.